

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXV
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
TOMÁS GIMÉNEZ DUART: <i>La gestión de la comunidad de gananciales.</i>	571
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO: <i>El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa</i>	591
Estudios Legislativos	
ALBERTO MANZANARES: <i>En torno a las limitaciones a los aumentos de los alquileres en los arrendamientos urbanos</i>	685
Estudios de Derecho Extranjero	
JEAN LUC AUBERT: <i>Crónica de Derecho privado francés (Año 1981)</i>	699
ANTONIO PAU PEDRÓN: <i>La nueva regulación alemana sobre la patria potestad.</i>	723
Información Legislativa	
A cargo de Pedro de Elizalde Aymerich	751

Nota crítica

JUAN DE DIOS DOVAL DE MATEO: <i>La Revisión Civil</i> , por Manuel Serra Domínguez	779
<i>Las fuentes del Derecho inglés</i> (A propósito de un libro del profesor Cris- cuoli), por Carlos Vattier	784

Bibliografía

Libros	793
ALBALADEJO, Manuel: <i>Curso de Derecho civil</i> . Tomo IV. <i>Derecho de familia</i> , por G. García Cantero.—ARROYO, Ignacio: <i>Anuario de Derecho Marítimo</i> , por Rodrigo Bercovitz.—FERNANDEZ FERNANDEZ, Antonio: <i>El precio como elemento comercial en la «emptio venditio» romana</i> , por J. Bonet Correa.—GOMEZ PEREZ, R.: <i>Deontología jurídica</i> , por José M. Chico Ortiz.—LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: <i>Derecho de familia (conforme a las Leyes de 31 de mayo y 7 de julio de 1981)</i> , por Francisco Espinar Lafuente.—LUCAS FERNANDEZ, Francisco: <i>Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios</i> , por J. Bonet Correa.—RAMS ALBESA, Joaquín: <i>Las obligaciones alternativas</i> , por Manuel Medina de Lemus.—RODRIGUEZ PANIAGUA, José María: <i>¿Derecho natural o axiología jurídica?</i> , por J. Bonet Correa.—SANCHO IZQUIERDO, Miguel y HERVADA, Javier: <i>Compendio de Derecho Natural</i> , por J. Bonet Correa.	

Revista de revistas

II. Revistas Extranjeras, a cargo de Antonio Pau Pedrón	811
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

I. Resoluciones comentadas, a cargo de José M. Chico Ortiz	827
II. Resoluciones, a cargo de Antonio Pau Pedrón	843

Jurisprudencia

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

<i>Recurso de Revisión. Maquinación fraudulenta. Domicilio desconocido, pero cognoscible con un mínimo de diligencia</i> (Comentario a la Sentencia del 18 de mayo de 1981), por X.	869
--	-----

<i>De nuevo sobre la confusión entre las cláusulas de estabilización y las de elevación de la renta en un arrendamiento urbano</i> (Comentario a la Sentencia del T. Supremo de 5 de abril de 1981), por José Bonet Correa	874
---	-----

<i>La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos</i> (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981), por Antonio Cabanillas Sánchez	880
--	-----

II. Sentencias	929
-----------------------	-----

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 III



JULIO-SEPBRE.
MCMLXXXII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

La gestión de la comunidad de gananciales

TOMAS GIMENEZ DUART
Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II ACTOS QUE PRECISAN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONYUGES: A) Alcance de la cogestión respecto de terceros. B) Sentido de la autorización judicial supletoria. C) La cogestión en situaciones anormales. D) Especialidades de los actos a título gratuito: A') Inter vivos. B') Mortis causa.—III. ACTOS QUE SOLO REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE UN CONYUGE: 1. El artículo 1.381. 2. El artículo 1.382. 3. El artículo 1.383. 4. El artículo 1.384: A) Disposición de metálico. B) Disposición de títulos valores. C) Demás bienes. 5. El artículo 1.385. 6. El artículo 1.386.—IV. DE LA GESTION EN CONTRAVENCION DEL CODIGO.

I. INTRODUCCION

Una de las grandes innovaciones de la Reforma de 1981 viene constituida, sin duda, por la sustitución del poder del marido (arts. 59 y 1.412 antiguos) por un poder compartido por ambos cónyuges en pie de igualdad absoluta en cuanto a derechos y obligaciones.

En trance de igualar a ambos cónyuges, el legislador podía optar entre dos caminos:

— Conferir un poder solidario a cada uno de ellos, de modo que lo actuado por cualquiera fuese siempre válido respecto de terceros (salvo caso de complicidad en el fraude), sin perjuicio de las oportunas correcciones y responsabilidades en el aspecto interno.

— O establecer un sistema de cogestión mancomunada de manera que los cónyuges, salvo excepciones, hayan de proceder siempre de consuno.

Este último es el sistema acogido por el legislador, según resulta de la regla general plasmada en el artículo 1.375, cuando dice:

Art. 1.375. En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.

El principio, pues, de cogestión mancomunada cuenta con *excepciones* de dos tipos:

- convencionales, en base a lo pactado en capitulaciones, y
- legales, según lo dispuesto en los artículos siguientes.

A) *Convencionales*: En lo concerniente a las excepciones de índole convencional sólo una, a nuestro juicio, cabe: el pacto en virtud del cual la gestión corresponde de forma solidaria a ambos cónyuges.

No cabe, entendemos, la atribución de facultades de administración o disposición a un solo cónyuge, con exclusión de otro. Ni tan siquiera la atribución de facultades dispositivas a uno con consentimiento habilitante del otro, a la manera del régimen anterior (1), pues cualquiera de estos pactos infringiría lo dispuesto en el artículo 1.328, en cuanto limitaría «la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuges» en el matrimonio.

Cosa diferente será que, extra-capítulos, un cónyuge confiera al otro plenos poderes, de modo que el favorecido por ellos pueda actuar en solitario, mientras que el otro precise siempre el concurso de su consorte.

La permisividad en este caso deriva de que el apoderamiento es siempre revocable, por lo que no supone limitación alguna a la libertad individual, mientras que el pacto capitular es individualmente irrevocable.

B) *Legales*: Las excepciones legales al régimen de cogestión nos llevan al estudio del articulado del Código.

En la legalidad anterior, el examen de la normativa exigía partir de la distinción básica entre actos de administración y actos de disposición. Tras la Reforma de 1981 los efectos prácticos de esta distinción han quedado muy diluidos y reducidos a unos pocos casos concretos. Hoy, en cambio, el quicio de la cuestión se desplaza a la disyuntiva.

- Actos que precisan el consentimiento de ambos cónyuges (o autorización judicial en su defecto).
 - Actos que sólo requieren el consentimiento de un cónyuge.
- Analicemos, pues, ambos tipos.

II. ACTOS QUE PRECISAN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONYUGES (1 bis)

Como sabemos, son hoy la regla general, con independencia de la categoría del acto. Así se reitera en los artículos 1.376 y 1.377, cuando dicen:

(1) Por ello, pese a la desaparición del artículo 1.317 antiguo, hoy no se podrá pactar, por ejemplo, la remisión a un régimen como el navarro o aragonés, que atribuyen preferencia a uno de los cónyuges sobre el otro. Siempre, desde luego, que se trate de cónyuges sujetos al Derecho común.

(1 bis) Prescindiremos en este lugar del estudio de la norma especial del artículo 1.320, que efectuamos en nuestro trabajo *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*; «Revista Derecho Notarial», julio-diciembre 1981, págs. 73 y ss.

Art. 1.376. Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición.

Art. 1.377. Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Se observará que ambos preceptos, en sus incisos iniciales, suponen una innecesaria reiteración de lo ya dispuesto con carácter general en el artículo 1.375.

La sustancia de ambas normas se centra, pues en otros dos aspectos:

- El alcance que la cogestión tiene respecto de terceros, y
- El sentido de la autorización judicial supletoria.

A) Alcance de la cogestión respecto de terceros.—Así como en el aspecto interno el régimen de cogestión actual se traduce en una coadministración y una codisposición, en cambio, en el aspecto externo, no es tal.

En efecto: de ser el régimen de gananciales de cogestión «absoluta», el resultado sería una ineficacia también absoluta de las actuaciones de un cónyuge sin consentimiento del otro. Mas este rigor, en lo que afecta a terceros, viene suavizado por lo dispuesto en el artículo 1.322, según el cual

Art. 1.322. Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.

Luego, la situación actual en la esfera externa es análoga a la que en el régimen anterior disciplinaba el artículo 1.413 para los actos dispositivos sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, con la particularidad de que hoy, en base al principio de igualdad, el poder de disposición inicial recae, indistintamente, en uno u otro cónyuge. El sistema vigente es, pues, en lo concerniente a terceros, de «administración-disposición asentida» o, utilizando un léxico unitario, de «cogestión asentida».

Significa lo dicho que no puede darse por superada, sin más, toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial en torno al antiguo consentimiento uxorio, sino que muchas de aquellas soluciones (tomadas a su vez, en gran parte, de la más antigua licencia marital) permanecerán vigentes. Así como vicisitudes del actual consentimiento inspiradas en el antiguo 1.413, cabe señalar:

1. Es una atribución personal y, por tanto, intransmisible.

2. No exige plena capacidad dispositiva, pues el cónyuge que consiente no enajena (aun tratándose de actos dispositivos), sino que sólo asiente la disposición de su consorte.

Por ello, si ambos cónyuges son menores de edad, al no tener ninguno de ellos plena capacidad para disponer, precisan la concurrencia de los padres y tutores de uno y otro para enajenar o gravar inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes.

Mientras que si uno es mayor de edad, aunque el otro sea menor, es suficiente con el consentimiento de ambos, uno como disponente y el otro como habilitante.

Así resulta del artículo 324, al decir:

Art. 324. Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o tutores de uno y otro.

Precepto éste que, por cierto, es criticable por su falta de precisión técnica, pues se expresa justo de modo inverso a como debiera de hacerlo. No es, pese a la dicción legal, el menor quien dispone con asentimiento del mayor (que en tal caso actuaría en el doble concepto de asentir y completar la capacidad), sino al contrario, el mayor el que enajena con consentimiento del menor.

Sin perjuicio de reconocer que la distinción es más teórica que práctica, pues, cualquiera que sea el disponente, parece intención del legislador aplicar el régimen del artículo 1.322 (2).

3. El consentimiento podrá ser para un acto concreto, para varios, o incluso general. Anterior, simultáneo o posterior, expreso o tácito (por ej., otorgar poderes al otro cónyuge para vender, firmar la carta de pago del precio de la venta en la que no intervino, etc.).

(2) Desde el punto de vista teórico cabría defender que la disposición de un inmueble otorgada sólo por el cónyuge menor es impugnabile, tanto por su consorte (arts. 1.375 y ss.) como por el propio menor (defecto de capacidad), por lo que transcurridos cuatro años desde que tuvo conocimiento el cónyuge mayor (lo que determina la caducidad de su acción) todavía podría quedar subsistente la acción del cónyuge disponente, si no habían transcurrido cuatro años desde su mayoría. Pese a ello, como decimos en el texto, la intención del legislador, derivada de la dicción de los artículos 324 y 1.322, parece ser la de conceder acción únicamente al cónyuge cuyo consentimiento se omitió.

4. El nuevo régimen de asentimiento afectará a los matrimonios contraídos antes de la Reforma, pero sólo en cuanto a los actos posteriores a dicha fecha, no a los efectos posteriores de actos anteriores. En pro de esta retroactividad de grado mínimo (basada en la Disposición Transitoria 8.^a), se pronunció la jurisprudencia a propósito de la reforma del artículo 1.413 en 1958.(3).

5. Permaneciendo pendiente la cuestión de si el acto otorgado por un cónyuge sin consentimiento de su consorte podrá acceder o no al Registro de la Propiedad (o si debería o no en una futura reforma de la normativa hipotecaria) por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 94 R. H.

Resumiendo las posturas (pues la cuestión debe solucionarse en la presumiblemente próxima reforma del Reglamento Hipotecario), diremos:

— Que, para la generalidad de los hipotecaristas y para la DGRN en Res. 15 marzo 1972, el acto no debe acceder al Registro, pues, pese a la similitud entre el consentimiento conyugal y la antigua licencia marital:

- el artículo 94 RH es un precepto excepcional y, por ello, no susceptible de extensión analógica;
- debe de evitarse el acceso al Registro de titularidades vicidas;
- en el supuesto de la antigua licencia, la mujer disponía de bienes propios y el marido asentía a un acto «ajeno», mientras que el consentimiento conyugal afecta a bienes e intereses propios.

— En cambio, para el TS (en postura compartida con Azpiazu y Vallet), en uno de los casos más notables de discordancia con el Centro Directivo (cuya Resolución cita expresamente), nos referimos la Sentencia 7 junio 1972, el acceso al Registro por la vía del artículo 94 RH es posible en base a que:

- las diferencias que señala el Centro Directivo no son bastantes para destruir la analogía entre la antigua licencia y actual consentimiento, ambos negocios de asentimiento, analogía puesta de relieve en múltiples sentencias del TS y resoluciones de la propia Dirección General.

— A lo que Vallet y Azpiazu añaden la circunstancia derivada de que el acceso al Registro no supone perjuicio, ni para el otro cónyuge que, al contrario, ve aumentadas sus posibilidades de conocimiento, ni para el posible tercero, ya que los propios asientos registrales le advierten del defecto.

(3) Si la mujer, antes de la Reforma, prestó a su marido «el consentimiento del artículo 1.413», tras la Reforma, en tanto aquella no lo revoque, podrá éste disponer de inmuebles y establecimientos. Pero ¿y de muebles? A nuestro juicio, sí, pues el consentimiento fue «para disponer». ¿Podrá también administrar? A nuestro entender, no, pues el consentimiento, a estos efectos, debe asimilarse al apoderamiento donde no cabe el argumento «de maior ad minus».

6. Igualmente, se replanteará bajo el nuevo régimen la problemática de los «actos debidos» (antes centrada en las enajenaciones y disposiciones forzosas), en torno a si también para ellos será preciso el consentimiento de los dos cónyuges.

En nuestra opinión (tomada de la de Cámara sobre la situación anterior), del no otorgamiento de un acto debido, sólo pueden derivarse perjuicios para la comunidad. Luego, si obligación de los cónyuges es actuar en interés de la familia (art. 67), no tiene sentido exigir un consentimiento de cuya no prestación sólo pueden derivarse demoras procesales y perjuicios para la familia.

En consecuencia, estimamos suficiente el consentimiento de uno sólo de los cónyuges para la validez de los «actos debidos», lo que, a mayor abundamiento, encuentra apoyo en la analogía con los «gastos de carácter necesario» de que habla el artículo 1.386, que luego veremos (4).

B) Sentido de la autorización judicial supletoria.—La autorización judicial es, como sabemos, el remedio que arbitra la Ley para los casos extremos en que un cónyuge no quiere o no puede presetar su consentimiento. En orden a ella plantéase el problema de si, ante la diferente forma de expresarse los artículos 1.376 y 1.377, dicha autorización tendrá distinto alcance según la categoría del acto, teniendo el juez, por ello una discrecionalidad diferente.

En el régimen anterior, la doctrina discutía si la autorización judicial ex artículo 1.413 procedía sólo cuando el acto pretendido fuera «útil y conveniente» para la comunidad (Lacruz y Cossío) o, simplemente, cuando no hubiera «amenaza grave» para los intereses comunes (Cámara y Sanz).

En la legalidad actual, el artículo 1.377 faculta al juez «cuando lo considere de interés», mientras que el artículo 1.376 «si encontrare fundada la petición», lo que da pie para entender que respecto a los actos de disposición procede el criterio de la utilidad y para los de administración el del no perjuicio. Lo cual es lógico si se piensa que la administración exige una agilidad que, normalmente, no requiere la disposición; y que en un régimen próximo a la codisposición hay que conceder todo su valor a la negativa del consorte (o al no consentimiento por imposibilidad en su caso) no autorizando la operación sino cuando realmente es útil, de modo que de su no conclusión pudiere derivarse un perjuicio para la comunidad por vía de lucro cesante (5).

(4) ¿Quid sí, antes o después de la Reforma, un cónyuge otorga al otro poderes generales con referencia a bienes propios y gananciales? ¿Se estimará prestado el consentimiento del artículo 1.377?, o ¿se aplicará la normativa del artículo 1.713-2 que requiere se especifique que el mandato es para enajenar, gravar y demás actos de riguroso dominio? A nuestro parecer, la expresión «poder general», por sí sola, es equivalente a los consentimientos de los artículos 1.376 y 1.377. Es lo mismo que si un cónyuge otorgase al otro «el consentimiento que proceda en Derecho».

(5) Desde el punto de vista procesal, como dice Lacruz, «la autorización judicial supletoria se presta en un procedimiento sumario y con figura de jurisdic-

A mayor abundamiento:

- el artículo 1.376 habla de «negativa injustificada», y el artículo 1.377 de mera negativa, con lo que parece que en sede de administración el cónyuge debe de justificar mejor su oposición;
- el artículo 1.377 alude a posibles limitaciones y cautelas (caso de concederse la autorización, se entiende) y el artículo 1.376 no;
- y el artículo 1.377 se refiere a «uno o varios actos dispositivos» (vender una parcela o las varias parcelas de una urbanización), pero no a disposiciones en general (vender cualquier bien, sin más), mientras que el artículo 1.376 habla de actos de administración *in genere*.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que el Juez debe ser más riguroso al conceder autorización para los actos dispositivos. Lo que, además, confirma el artículo 1.388 a propósito de la gestión en casos excepcionales.

Art. 1.388. Los Tribunales podrán conferir la administración a uno sólo de los cónyuges, cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.

C) La cogestión en situaciones anormales.—Luego en todos los supuestos del artículo 1.376, salvo en el de negativa sin ruptura de la convivencia, cabe la transferencia de la administración, que, en definitiva, equivale a una autorización judicial *in genere*.

Por lo demás, la hermenéutica de los artículos 1.376 y 1.377 exige diferenciar la imposibilidad de hecho y la de derecho. Porque la imposibilidad a que se refieren estos dos artículos es la de mero hecho, esto es, la que no ha generado un *status* jurídico en el imposibilitado, bien por no haberse incoado el oportuno expediente (incapacidad o ausencia no declaradas), bien por tratarse de una situación meramente transitoria (accidente, viaje, cónyuge emigrante, etc.).

Mientras que si la imposibilidad ha generado un *status* jurídicamente declarado (incapacitación o ausencia) la transferencia de la gestión plena se produce ministerio *legis* en favor del cónyuge capaz o presente. Así resulta del artículo 1.387:

ción voluntaria, y desde luego no puede tolerar impugnación ulterior en un juicio declarativo, pues tal autorización sólo puede ser eficaz en el tráfico, y conseguir con ello su objeto, si surte efectos definitivos e irrevocables: si el que contrata con el cónyuge que obtuvo la autorización sabe que ésta es irrevocable e inimpugnable. Cosa distinta es que se demuestre luego, exclusivamente en la relación entre cónyuges, la inconveniencia de la operación, o la culpabilidad del esposo que tomó la iniciativa de ella, o bien, incluso, frente a tercero, el fraude en que éste fue cómplice». LACRUZ BERDEJO y otros, *La Reforma del Derecho de Familia del Código civil español*, Instituto Nacional de Proyección, Madrid, 1979, página 54.

Art. 1.387. La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte.

Luego, como en la legalidad actual, el cónyuge es siempre llamado en primer término a la tutela o representación, también siempre se producirá la transferencia a su favor de las facultades de disposición y administración.

Añadiendo el artículo 1.389, que:

Art. 1.389. El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones.

En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial.

De nuevo observamos que la intervención judicial es superior en los actos de disposición que en los de administración. Teniendo en cuenta que el régimen de este artículo se aplicará sólo a los bienes gananciales. A los propios del cónyuge imposibilitado, aunque los gestione también su consorte, les será de aplicación la normativa general de la tutela (6).

(6) La redacción del párrafo 2.º del artículo 1.389 replantea el problema, ya superado, de qué debe entenderse por «establecimientos mercantiles». La cuestión es pacífica desde que la D. G., en Res. 23-octubre-1959, declaró que el establecimiento no es la sede física de la empresa, lo que implicaría una redundancia con la expresión «inmuebles», sino la organización o «conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial, caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido, con vida propia y aun independiente de sus distintos componentes». Esto es: la empresa.

También replantea el artículo 1.389 (y, en menor medida, los artículos 1.376 y 1.377) la duda en torno a qué quiere decir el legislador cuando habla de actos de administración y de disposición: negocios de administración, como contrapuestos a los negocios de disposición, o actos de administración frente a actos de riguroso dominio. DE CASTRO, en torno al antiguo 1.413, entendía el término «actos de disposición» en sentido amplio, comprensivo de los actos que excedieran la mera administración; CÁMARA interpretaba el término en el sentido de actos de riguroso dominio, concepto utilizado en el artículo 1.713 como antitético al de acto de administración; por el contrario, RODRÍGUEZ ADRADOS y BONET partían del concepto técnico de actos de disposición, como opuestos a los de obligación.

La cuestión no es baladí, pues hay actos de riguroso dominio que son negocios de administración (cierre de la empresa, por ejemplo) y a la inversa, actos de administración que son negocios dispositivos (permuta de un pequeño trozo para dar forma regular a una finca). Según la postura que se adopte procederá o no la autorización judicial en los casos del artículo 1.389-2.º. Nosotros, para quienes la seguridad debe ser meta de la técnica jurídica, consideramos más segura (aunque probablemente menos justa) la tesis que contrapone actos o negocios dispositivos a actos o negocios obligacionales, según la índole del derecho transmitido, constituido o negociado.

D) Especialidades de los actos a título gratuito.—A') *Inter vivos*. Lo dicho hasta el presente es aplicable a los actos a título oneroso, mas no a los a título gratuito inter vivos en los que la cogestión se traduce en una radical codecisión, tanto en el aspecto externo como en el interno, sin que quepa el recurso a la autorización judicial supletoria ni la sanación por transcurso del tiempo y caducidad de la acción.

Así resulta del artículo 1.378, que determina:

Art. 1.378. Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.

Lo que confirma el párrafo segundo del artículo 1.322, que se expresa en similares términos.

Teniendo en cuenta que esta norma rige tanto para los negocios dispositivos como para los obligacionales, de ahí que preferamos utilizar el término «codecisión» en vez de codisposición.

Entre los actos dispositivos, la donación traslativa es el más claro. En ella, la falta de intervención de un cónyuge, más que la nulidad, determina la inexistencia por defecto de consentimiento, únicamente sanable por vía de ratificación ex artículo 1.259 (7). Precisamente por tratarse de comunidad germánica no cabe la validez respecto de la parte teóricamente correspondiente al cónyuge disponente (8).

Entre los negocios obligacionales, que pueden entrar en el ámbito del artículo 1.378, destaca, por haber provocado jurisprudencia, la fianza. Así, el TS declaró en S. 13 mayo 1971 la irresponsabilidad de los gananciales por un «aval gratuito» contraído por el marido sin consentimiento de su esposa, pese a que en la legalidad anterior el marido vín-

(7) No coincidimos, pues, con las voces que consideran la simultaneidad de los consentimientos ineludibles y afirman que si otorga el acto un solo cónyuge es nulo y por ello no cabe la prestación de consentimiento «a posteriori». Estimamos plenamente vigente la doctrina de la Res. 6-octubre-1966 respecto a la convalidación «a posteriori».

(8) CÁMARA, en cambio, en la legalidad anterior, defendía en su trabajo «El nuevo artículo 1.413» —ADC, 1959-60— (hoy paradójicamente «antiguo 1.413») que ante la donación unilateral de su marido la mujer podía optar entre:

- la acción directa, demandando la nulidad, o
- la indirecta, alegando que la donación era ilegal o fraudulenta y exigiendo su colación en la liquidación de la comunidad.

De modo que, para CÁMARA,

- si la mujer se contentaba con la colación, la donación se convalidaba, y
- si obtenía la nulidad, todavía el donatario podía dirigirse contra el donante o sus herederos reclamando los bienes donados o su valor, puesto que, establecida la nulidad en provecho de la mujer, era absurdo que aprovechara al marido.

Esta postura, que en la normativa anterior podía apoyarse en que el marido era el representante de la sociedad y el titular de las facultades dispositivas, la consideramos hoy muy difícilmente defendible, dado que al estar compartido el poder dispositivo es imprescindible contar con ambos consortes.

culaba siempre a los gananciales salvo, precisamente, en actuaciones a título gratuito (9).

Lo mismo cabría decir de la condonación. La unilateralmente otorgada por un cónyuge no surtirá efecto alguno, ni sanará por transcurso del tiempo en tanto no la consienta su consorte.

B') *Mortis causa*.—En cuanto a los actos *mortis causa*, el actual artículo 1.379 (muy similar al antiguo artículo 1.414), establece:

Art. 1.379. Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

La crítica a este precepto es la misma que podía hacerse a su homónimo anterior —que en su día sirvió de apoyo a la tesis «romañista» en torno a la naturaleza de la comunidad—: no es cierto, pese a la dicción legal, que los cónyuges puedan disponer de una mitad, sino de aquello que en su momento se les adjudique en la liquidación.

Sí constituye, en cambio, una novedad el artículo 1.380, cuando dice:

Art. 1.380. La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Supone este precepto la consagración legislativa del llamado «legado de cosa ganancial».

El problema que se plantea es que la norma parece reparar solamente en el supuesto de premoriencia del testador, esto es, cuando al abrirse la herencia el bien es todavía ganancial (repárese en el futuro-subjuntivo «si fuere adjudicado»). Por ello se suscita la duda de qué sucedará cuando el testador sobreviva a la liquidación de la sociedad, de modo que al abrirse la sucesión la cosa sea ya propia o ajena, mas no ganancial.

Cámara, con la normativa anterior, entendía (9 bis).

— que si la cosa se adjudicó en su día al lote del testador, vale el legado,

— si se adjudicó en parte, vale en parte,

— si no se adjudicó en su lote, queda sin efecto el legado.

Argumentaba Cámara sobre dos bases fundamentales:

— No es aplicable la normativa del legado de cosa ajena, ya que el artículo 861 exige que el testador, al ordenar el legado supiese que la cosa era ajena, mientras que aquí no era tal, sino ganancial.

(9) Teniendo en cuenta que, como declaró la Res. 30-abril-1930, la fianza en principio es un acto neutro, ni oneroso ni gratuito, no siendo lo determinante el mediar o no precio, sino la causa subyacente, el interés del fiador en el negocio principal que afianza. Por eso, el mismo T. S., en S. 11-abril-1972, por ejemplo, declaró la responsabilidad de los gananciales por un aval contraído por el marido en favor de una empresa familiar, pese a no mediar precio.

(9 bis) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El legado de cosa ganancial*, ADC, 1952.

— Es en cambio aplicable por analogía la revocación tácita del párrafo segundo del artículo 869 (10).

A nuestro juicio, dado el texto del actual 1.380, parece más lógico sustentar un criterio homogéneo para uno y otro caso de premoriencia o sobrevivencia del testador a la liquidación y, frente a la argumentación derivada del artículo 861, entendemos que el legislador repara en el dato de que el testador supiera o ignorase que el objeto no era propio y, en el caso que contemplamos, habrá que convenir que la cosa «absolutamente propia» no lo era.

Y, precisamente, porque la cosa no era propia cuando se testó, no será de aplicación la regla segunda del artículo 869, pues no tiene sentido que sea causa de revocación la enajenación de aquello que no pertenece.

En consecuencia, entendemos que premuera o sobreviva el testador a la liquidación de la comunidad, el heredero deberá siempre hacer tránsito al legatario la cosa legada o su estimación al tiempo del fallecimiento, o en parte la propia cosa y en parte su estimación.

III. ACTOS QUE SOLO REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE UN CONYUGE

Estos actos, que constituyen la excepción legal al principio de co-gestión, vienen recogidos en los artículos 1.381 y siguientes. Veámoslos:

1. *El artículo 1.381:*

Art. 1.381. Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes.

El precepto puede ser distribuido en dos partes:

A) La primera no hace sino reafirmar lo dispuesto en el artículo 1.347-2.º respecto a la ganancialidad de los frutos y, en consecuencia, su sujeción al levantamiento de las cargas matrimoniales (artículos 1.362 y ss.).

B) El interés de la norma se centra en el segundo párrafo al conceder a cada cónyuge la administración de su patrimonio (cosa lógica) y «a éste sólo efecto», la disponibilidad de sus productos.

Luego la disponibilidad no es total, sino prácticamente limitada a la materialización dineraria de los productos (venta de la cosecha, por ejemplo) que, una vez realizados quedarán sujetos al régimen general

(10) Pues el testador consintió o tuvo que consentir la adjudicación en el otro lote, lo que en definitiva equivale a una enajenación.

de gestión conjunta, salvo lo dispuesto en el artículo 1.384, que enseguida veremos (11).

No existe por ello en nuestro Derecho el llamado «patrimonio reservado», en cuya virtud cada cónyuge puede reclamar para sí los rendimientos de sus actividades que, sin merma de su carácter común, quedan sustraídos a la administración conjunta. Sin perjuicio de que en el actual régimen del Código se logren unos efectos prácticos análogos por vía de los artículos 1.382 y 1.384, que seguidamente analizamos.

2. *El artículo 1.382:*

Art. 1.382. Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes.

El «conocimiento del otro cónyuge» (que no figuraba en el texto del Proyecto) tendrá trascendencia en el ámbito interno, más no en el externo, donde el gasto será inatacable salvo, como siempre, complicidad en el fraude.

El anticipo podrá tomarse del numerario que el disponente tiene en su poder, pudiendo también reclamar a su consorte parte del que él guarde. En otro caso la norma quedaría vacía de contenido, pues del dinero en poder del disponente siempre se puede usar libremente (respecto de terceros, se entiende). No coincidimos por ello con Lacruz que limita la disponibilidad al líquido que el cónyuge ya tiene (12).

3. *El artículo 1.383.*—Lógico corolario del artículo 1.382 es el artículo 1.383 cuando dice:

Art. 1.383. Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.

(11) Respecto a las especialidades en el caso de ejercicio del comercio, vide artículo 1.347-5.º. Aquí sólo una puntualización: ¿es lógico conceder al cónyuge que realiza «actividades civiles» una tan reducida disponibilidad de sus productos y, en cambio, al que desarrolla «actividades mercantiles» (que pueden ser empresa común) unas facultades tan amplias como las que se deducen de la letra del artículo 6.º C. c.? Nos remitimos a lo que exponemos a propósito del artículo 1.347-5.º en nuestro trabajo en trance de publicación *Los bienes privados y gananciales tras la Reforma de 13 de mayo de 1981*.

(12) Por lo demás, el artículo 1.382 es una norma de índole interna que combina la interdependencia económica que el régimen de gananciales importa con una cierta autonomía patrimonial, al permitir al cónyuge, por ejemplo, la iniciación de un negocio (los negocios son «profesión») sin precisar el consentimiento de su consorte, sino sólo su conocimiento, y sin que consideremos posible que este pueda oponerse, salvo en los casos extremos de los artículos 1.390 y 1.391.

El rigor que el legislador ha querido dar a esta norma, que más parece una declaración de buenas intenciones, es tal que su incumplimiento faculta para pedir la disolución de la comunidad al amparo del número 4.º del artículo 1.393.

4. *El artículo 1.384:*

Art. 1.384. Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.

De la combinación de esta norma con la del artículo 1.382 se deduce:

A) *Disposición de metálico.*—La disposición unilateral de dinerario siempre es posible y tal actuación, en el tráfico, inatacable:

— Si dicho dinerario está en poder del disponente, porque así lo declara expresamente el artículo 1.384.

— Y, si está en poder de ambos o del otro cónyuge, porque así resulta del artículo 1.382 que, aunque sea una norma de índole interna (a diferencia del artículo 1.384), no deja de tener trascendencia respecto de terceros, que no tienen por qué entrar en averiguaciones (13).

La disponibilidad unilateral del dinero legitima, de modo indudable, a cualquiera de los cónyuges para efectuar compras, al contado o a plazos, de bienes usuales o inusuales, muebles o inmuebles. Así lo confirman los artículos 1.356 y 1.370 (13 bis).

B) *Disposición de títulos valores.*—A diferencia del metálico, la disponibilidad de los títulos valores quedará limitada a los que el cónyuge disponente tenga a su nombre (aun siendo comunes) cuando se trate de títulos nominativos, a la orden o de aquéllos al portador cuya negociación exige la intervención de fedatario (acciones, por ejemplo). La propia mecánica de la transmisión impediría que el otro cónyuge pudiese disponer, del mismo modo que hace innecesario su consentimiento.

De los títulos al portador que se transmiten por simple entrega (un talón, por ejemplo) podrá disponer cualquier cónyuge, pero más por el propio sistema de transmisión de estos títulos que por la legitimidad que el artículo 1.384 pueda conferir.

(13) Aunque no existieran estos artículos, la disposición de metálico por un cónyuge sería inatacable, pues, como ponían de relieve SANZ y CÁMARA (a propósito de la posibilidad de compras por mujer casada en el régimen de 1975) del juego del artículo 464 C. c. y 565 C. p. (impunibilidad de las sustracciones al cónyuge) resulta que el tercero (receptor del dinero) de buena fe estará siempre protegido.

(13 bis) Respecto a la problemática que tales adquisiciones plantean, modo de inscripción y responsabilidad, nos remitimos a nuestros trabajos en trance de publicación *Los bienes privativos y gananciales tras la Reforma de 13 de mayo de 1981 y Cargas y obligaciones del matrimonio.*

C) *Demás bienes*.—Respecto de los demás bienes la disposición unilateral no es legítima en ningún caso, aunque pueda llegar a ser eficaz respecto de terceros, tratándose de cosas muebles, por el juego del artículo 464 Código civil.

La gestión individual queda, pues, limitada a la administración, lo que suscita los siguientes comentarios:

- a) Respecto de inmuebles entendemos que, en lo sucesivo, las adquisiciones gananciales efectuadas por un sólo cónyuge no tienen por qué inscribirse a nombre de ambos, sino «a nombre del comprador, casado con NN, y para su sociedad conyugal», en cuyo sentido habría de reformarse el artículo 95 R. H. La consecuencia será que el bien figurará a nombre de dicho cónyuge, siendo válidos por ello los actos de administración realizados unilateralmente (14).
- b) En cuanto a qué actos deben considerarse de administración, nos remitimos a lo que antes apuntamos (15). El problema se planteará, al igual que respecto al antiguo artículo 1.413, en torno a las modificaciones de fincas hipotecarias (agrupación, agregación, segregación, división, declaración de obra y división horizontal). Baste decir aquí que, aunque hipotecariamente se haya defendido su naturaleza dispositiva, civilmente no pasan de ser actos declarativos y de mera administración, por lo que, con arreglo a la práctica anterior, debe entenderse legitimado el cónyuge titular registral, pese a la afección de ganancialidad. No así para la división material de proindivisos que, según la mejor doctrina, es acto atributivo.
- c) Suscitándose la cuestión de si los bienes (cualquiera que sea su clase) es suficiente con que estén «a nombre» o «en poder» del disponente. El precepto ofrece en este punto dos principales interpretaciones:
 - a') Entender que los bienes han de estar «a nombre» y el dinero o los títulos «en poder». No es lógico, pues ya vimos hay títulos cuya transmisión requiere que figuren a nombre del disponente.
 - b') Interpretar que, cualquiera que sea la naturaleza del bien, ha de estar indiferentemente «a nombre» o «en poder», postura que nos parece la más coherente por atribuir al precepto todo su sentido respecto de terceros, sin perjuicio de las responsabilidades inter partes.

Así, aunque un bien esté titulado e incluso inscrito a nombre de ambos cónyuges, si de hecho es uno el que de modo aparente lo gestiona, deben ser válidos respecto de terceros de buena fe los actos de administración realizados por él, pién-

(14) Así, también la Circular interna del Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981.

(15) Vide supra (6).

sese, por vía de ejemplo, en la venta de cosecha (16), o en el cobro de los alquileres. Quien está gestionando un bien, quien, en lenguaje de la calle, «lleva las fincas», las tiene en su poder. Sería injusto y perjudicial para el tráfico negar validez a tales actos cuando en la mayoría de los matrimonios españoles es el marido el que de hecho administra los bienes y el que, por tanto, los tiene en su poder. Por supuesto, la solución sería idéntica si la que viniese gestionando y tratando con los terceros fuese la mujer.

- d) Finalmente, se suscita la cuestión de si el cónyuge a cuyo nombre o en cuyo poder no esté el bien común, puede reclamarlo a los efectos de recabar la coadministración. La respuesta afirmativa nos parece ineludible siquiera sea por aplicación extensiva de lo dispuesto en los artículos 1.390 y 1.391. Como dice Lacruz, «dicho artículo 1.384 no concede al cónyuge titular nominal o poseedor la facultad exclusiva de administrar: se limita a explicar que sus actos de gestión serán válidos, por lo que ante el principio general de igualdad de derechos... la gestión puede ser asumida por el colectivo tan pronto lo pida uno de los cónyuges, salvo que se trate de dinero o bienes precisos para la empresa, explotación o profesión» (16 bis).

5. El artículo 1.385:

Art. 1.385. Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos.

Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción.

Del párrafo primero de este artículo se deduce que cada uno de los cónyuges podrá percibir directamente las cantidades que se le adeuden como retribución de su trabajo o en cualquier otro concepto. Mas, si puede cobrar, también podrá firmar cartas de pago, planteándose entonces la vigencia o no del artículo 178 R. H. en cuyo párrafo final se dice: «Bastará el consentimiento del marido para la cancelación, por pago, de hipotecas inscritas a su nombre, que garanticen créditos gananciales».

En la legalidad anterior, la aplicación de esta norma a las hipotecas inscritas con anterioridad a la Reforma de 1958 (y por ello sólo a nombre del marido) no ofreció dudas. El problema se planteó cuando, a partir de 1958, empezaron a inscribirse las hipotecas «a nombre de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal». Un sector doctrinal,

(16) Aunque la venta de la cosecha sea un acto de disposición de los frutos, es un acto de administración del «bien», y, probablemente, el prototipo de los actos de administración.

(16 bis) *Op. cit.*, pág. 59.

encabezado por Cámara consideró aplicable la norma en base a la teoría de la accesividad de la hipoteca; otro sector, comandado por La Rica, entendió que la norma del artículo 178 R. H. quedaba derogada por el artículo 1.413, pues la cancelación era acto dispositivo de un derecho real inmobiliario que requería el consentimiento *uxoris*.

La cuestión quedó zanjada cuando la D. G. R. N., en varias Resoluciones (17) se inclinó por la tesis de Cámara, proclamando la vigencia del último párrafo del artículo 178 R. H. para las inscripciones de hipoteca posteriores a 1958, en base a que si el marido, como administrador, podía cobrar créditos, también podría cancelar sus garantías.

Mas esta postura, si reparamos sólo en el párrafo 1.º del artículo 1.385, no sería hoy defendible (ni aun actualizando el artículo 178 R. H. en el sentido de donde dice marido entender cónyuge) pues en la actualidad ninguno de los cónyuges ostenta *per se* la representación de la comunidad conyugal, por lo que faltaría legitimación para cancelar derechos constituidos a nombre de ambos consortes.

Pero, quizá, la postura sea otra si, en lugar de en el párrafo 1.º, reparamos en el párrafo 2.º del artículo 1.385, que, por cierto, no figuraba en el proyecto remitido por el Gobierno.

Recordemos que este párrafo 2.º faculta a «cualquiera de los cónyuges» a ejercitar «la defensa de los derechos comunes». El alcance procesal de esta norma es evidente: cualquier cónyuge podrá, por ej., interponer demanda dirigida al cobro de un crédito ganancial u oponerse, por vía de excepción, a la reclamación contra el consorcio.

Mas resulta que, pudiendo actuar por vía contenciosa, no es lógico negarle legitimación para actuar por vía amistosa o precontenciosa. Esto es, sería absurdo obligar al cónyuge a acudir a la vía judicial cuando por vía extrajudicial (requerimiento notarial de pago, por ej.) puede solucionar el problema. Y, siguiendo con el mismo proceso lógico, si por vía amistosa ha logrado una actitud del deudor consorcial favorable al pago, no es cuestión de negarle ahora legitimación para el cobro, o, lo que es igual, legitimación para el otorgamiento de la carta de pago con plenos efectos liberatorios.

Luego, si cualquier cónyuge puede otorgar cartas de pago de créditos consorciales, cualquier consorte puede también cancelar la garantía, sea ésta hipotecaria o de cualquier otro tipo. Por lo que la doctrina anterior de la D. G. (referida hoy a uno u otro cónyuge, indistintamente) debe entenderse vigente, con independencia de que el derecho consorcial aparezca inscrito a nombre de uno o de ambos cónyuges, pues la legitimación para la cancelación no viene del párrafo primero, sino del párrafo segundo del artículo 1.385.

Recapitulando en lo últimamente dicho, resulta:

— Que del artículo 1.384 derivamos la legitimación respecto de

(17) Resoluciones de 23-V-64, 3 y 8-VI-64, 23-II-66.

terceros de cualquier negocio de administración realizado por el cónyuge administrador de hecho del bien común, o titular registral del mismo.

— Y del artículo 1.385, 2.º, deducimos la legitimación para un acto de administración fundamental, cual es el cobro, de cualquiera de los consortes y «cualquiera que sea la situación fáctica, documental o registral del bien», siempre, desde luego, que sea común (18). Incluso el artículo 1.164 refuerza esta legitimación «en el tráfico», pues quien paga al consorte que le reclama el crédito presumirá que éste actúe por y para la comunidad de no constarle alguna «anormalidad» matrimonial (19).

Y ello será así, cualquiera que sea el destino que el cónyuge *accipiens* dé al metálico recibido. Otra cosa será que en las relaciones internas procedan las oportunas compensaciones y responsabilidades, pero siempre, insisto, sin afectar al tercero (20).

(18) Salvo, desde luego, que se trate de títulos nominativos o a la orden, en los que la literalidad determina la legitimación para su realización. '.

(19) A lo que se dice en el texto cabría objetar que también en la comunidad ordinaria la jurisprudencia ha concedido legitimación a cualquiera de los comuneros para ejercitar acciones en defensa de la comunidad, y no por ello se puede admitir que la carta de pago firmada por un comunero libere al deudor, vinculando a los demás partícipes. Mas, entre la comunidad ordinaria y la ganancial existen, a estos efectos, dos importantes diferencias.

1.º Que si bien es cierto que cada comunero está legitimado para actuar, la jurisprudencia añade el matiz esencial de que «la sentencia favorable aprovecha a todos los partícipes, mientras que la desfavorable sólo perjudica al actuante»; este matiz no resulta del artículo 1.385-2, donde no cabe duda que el resultado de la actuación (procesal al menos) de un cónyuge vincula a ambos, cualquiera que sea dicho resultado; por eso, en comunidad ordinaria no podrán ser perjudicados los partícipes por la actuación de uno (procesal o no) y, en cambio, en comunidad ganancial, sí.

2.º Que en la comunidad ordinaria los acreedores comunales lo son «pro parte» (créditos parciarios que, como dice ROCA, son los mal llamados mancomunados), por lo que, a los efectos del artículo 1.164, cada comunero estará en posesión de «parte del crédito» y no, salvo legitimación especial, en posesión de la totalidad. Mientras que en la comunidad ganancial «todo es de todos», por lo que debe presumirse que el ejercitante del crédito está, a los efectos del artículo 1.164, en posesión de la totalidad. Aparte de que, aunque el crédito ganancial no sea solidario (a cada uno se debe todo) sino «en mano común» (a todos a la vez se debe el todo), este tipo está más cerca de la solidaridad (sobre todo tras la introducción del 2.º párrafo al artículo 1.385) que de la mal llamada mancomunada.

(20) Traducido lo que llevamos dicho a la vida práctica:

¿Sería justo desahuciar al inquilino de un inmueble ganancial coadministrado (e incluso escriturado e inscrito a nombre de ambos cónyuges) por el hecho de que circunstancialmente los recibos mensuales vienen firmados unas veces por el marido y otras por la mujer? Por supuesto que no, si cada uno de los consortes dio a lo por él cobrado el debido destino: desde la teoría general del enriquecimiento injusto, hasta el párrafo 2.º del artículo 1.163, pasando por la aplicación analógica de la gestión de negocios ajenos (que aquí son propios) protegerían al inquilino.

Mas, aun en el supuesto de que el perceptor no hubiera dado a lo cobrado el debido destino, ¿no es más justo que el *periculum* lo soporte la comunidad que el tercero? ¿Acaso no sería ésta la solución más probable en caso de socie-

6. El artículo 1.386:

Art. 1.386. Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges.

La razón de esta norma es evidente: la urgencia del interés familiar prima sobre los intereses individuales. Puede no haber tiempo para obtener el consentimiento del otro consorte y, mucho menos, para la autorización judicial supletoria.

Inter partes ya se discutirá *a posteriori* la oportunidad del gasto y, en su caso, el patrimonio que definitivamente haya de soportarlo.

IV) DE LA GESTION EN CONTRAVENCION DEL CODIGO

Se ocupan de esta materia (equivalente en cierto modo a la segunda parte del antiguo artículo 1.413) los artículos 1.390 y 1.391 a cuyo tenor:

Art. 1.390. Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto.

Art. 1.391. Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible.

Luego, los actos en contravención del Código (o, lo que es igual, del interés familiar) pueden ser:

- Actos en interés propio.
- Actos en daño de la comunidad.
- Actos ejecutados con fraude.

a) Respecto de los actos en provecho propio del actuante, hay que distinguir según esté o no formalmente legitimado para su realización. Si lo está, el consorte sólo podrá pedir la compensación, al patrimonio ganancial, del lucro indebidamente detenido por aquél o del dejado de obtener por el consorcio. Si el actuante careció de legitimación suficiente, su consorte podrá, además, impugnar el acto de acuerdo con el artículo 1.322 que ya conocemos.

dad? Y, no olvidemos que el C. c., al igual que la legislación hipotecaria, llama con reiteración a la comunidad de gananciales «sociedad», lo cual, aunque no lo sea, debe servir para aproximar soluciones, al menos en lo que al tráfico afecten.

b) En el supuesto de actos dañosos para el consorcio hay que distinguir también según se trate de actuación dolosa o meramente negligente. Porque la actuación dolosa (21) se penaliza por vía de indemnización al patrimonio ganancial, mas no la actividad meramente negligente, que sólo facultará al otro cónyuge para pedir la disolución de la comunidad al amparo del número 2.º del artículo 1.393.

c) Finalmente, tanto la actuación en provecho propio como en daño de la comunidad, pueden ser mediante la complicidad de un «*consocius fraudis*» en cuyo supuesto, además, el acto será rescindible. La rescisión aquí, a diferencia del régimen general (art. 1.294), no es remedio subsidiario, sino optativo dado el adverbio «además» que el artículo 1.391 utiliza.

De lo hasta el presente dicho resulta:

— Que la actuación indebida de un cónyuge, dentro de su esfera de competencia, sólo afecta a terceros en el supuesto de «*consilium fraudis*». Salvo en este caso extremo, el tercero no verá afectada su contratación con el cónyuge legitimado para actuar en el tráfico, pues aquél no tiene por qué investigar las motivaciones del contratante ni el empleo que pueda dar a los fondos.

— Y que, a diferencia del antiguo artículo 1.413 que, junto a las medidas correctivas (párrafo 3.º), preveía medidas preventivas (párrafo 2.º), los actuales artículos 1.390 y 1.391 sólo prevén medidas del primer tipo. Los remedios preventivos se han trasladado hoy (al igual que en el supuesto de actuación negligente que acabamos de ver) a la posibilidad de solicitar la disolución de la comunidad al amparo del ya citado número 2.º del artículo 1.393.

(21) Actuación dolosa del cónyuge, no compartida por el tercero, pues entonces estaríamos ante un «*consilium fraudis*» que facultaría al otro consorte para optar entre la indemnización y la rescisión.

El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa

por

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

INTRODUCCIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DOLO

- Significado del dolo en Derecho Romano.
- El dolo como criterio de imputación de responsabilidad.
- El dolo como criterio para medir la cuantía de la indemnización.
- Dolo causal y dolo incidental.
- La culpa lata y su equiparación al dolo. La culpa lata y el Código civil.

II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

- Derecho Romano.
- Directrices de la evolución posterior.
- Dos ejemplos de una concepción amplia de la responsabilidad del vendedor:
 - 1) Una interpretación de la expresión «gastos ocasionados por la venta», utilizada por el Código civil francés.
 - 2) El sistema suizo. Consideraciones críticas sobre el mismo.
- Las normas del Código civil que delimitan el supuesto de responsabilidad.
- Interpretación doctrinal del supuesto de responsabilidad.
- El significado de la mala fe del vendedor.
- El deber de informar.

III. MANIFESTACIONES TÍPICAS DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

- A) La conducta dolosa del vendedor.
- B) La culpa y sus manifestaciones típicas. Deber de conocer o probabilidad de conocimiento.
 - a) La reticencia no intencional: El sentido del artículo 1.486 II.
 - b) El deber de conocer: Equiparación de la ignorancia crasa al conocimiento. El carácter craso de la ignorancia de los hechos notorios.—

La generalización del criterio del artículo 1.484.—El carácter recíproco de la diligencia exigible: Factores de diversificación.—Se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa: Alcance histórico y actual de la presunción.

- c) Responsabilidad por las cualidades atribuidas temerariamente a la cosa por el vendedor.
- d) Responsabilidad fundada en la impericia: «Imperitia culpa adnumeratur».—La impericia del comerciante-vendedor.—La impericia del fabricante vendedor.—El problema de la consideración de la impericia del fabricante en el contrato de compraventa: El ejemplo de la venta por el promotor o constructor-vendedor de pisos o locales terminados.—Justificación histórica de la responsabilidad del fabricante-vendedor.—Construcción de la responsabilidad del fabricante-vendedor: 1. La presunción de conocimiento. 2. El deber de conocer los defectos de la cosa. 3. Insuficiencia del criterio de la culpa.—El problema de la calificación del contrato: Consideraciones generales. Aproximación de la compraventa realizada por el fabricante al contrato de obra. Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del fabricante-vendedor. Consideración especial de la responsabilidad del 'constructor o promotor'-vendedor: Cuestiones generales que se plantean. Los remedios admitidos en la jurisprudencia. La responsabilidad del promotor-vendedor.

INTRODUCCION

Este trabajo continúa una línea de investigación iniciada en otro anteriormente aparecido en este Anuario (*), línea que gira en torno a la protección del comprador en el caso de venta de objetos defectuosos. Por ello quizá sea útil para el lector recordar los términos en que allí planteábamos el problema:

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

(*) *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), XXXIII-3, pp. 585-686.

Ante este problema, las acciones edilicias (redhibitoria y quanti minoris) aseguran a todo comprador una protección sin duda útil, pero que, por su generalidad y carácter objetivo (al no tomar en cuenta si hubo o no culpa en vendedor) forzosamente tiene que estar concebida con su alcance insuficiente. Primero, por lo limitado de su plazo (sólo seis meses) en muchos casos insuficiente para descubrir el defecto de determinados objetos. Segundo por su recortado contenido, simplemente la reducción del precio o la rescisión de la venta (con la sola indemnización de los gastos del contrato) (art. 1.486). Los daños y perjuicios que haya podido sufrir el comprador por la compra del objeto defectuoso, quedan pues fuera del alcance protector de estas acciones.

Esta limitación de las acciones edilicias nos mueve a preguntarnos (continuando en la investigación ya emprendida): ¿cuando responde el vendedor al comprador de los daños y posibles perjuicios sufridos por éste, a causa de los defectos o anomalías de la cosa?

Los posibles criterios de imputación de responsabilidad son aquí, como percibieron claramente los redactores del Código civil alemán [§§ 463, 480 (2)], el dolo y la atribución de cualidades a la cosa por el vendedor. Pero el simple enunciado de los mismos no supone más que un punto de partida, una primera aproximación, que carece de la deseable concreción, como demuestran el Derecho comparado. Las posibilidades de construcción que se esconden detrás de cada uno de estos criterios son mucho más amplias de lo que a primera vista podría parecer. Por ello vamos a limitarnos en este trabajo al estudio del dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa; por cierto, el único criterio tomado en cuenta por los redactores de nuestro Código civil en la regulación de la responsabilidad por vicios (cfr. arts. 1.486 II, 1.487, 1.488 II).

El dolo (como la mala fe a la que se refiere el art. 1.488 II de nuestro Código civil) es un concepto, cuando no equivoco, flexible y sometido, por tanto, a discusión; de ahí que su invocación ofrezca múltiples posibilidades en la configuración del supuesto de responsabilidad, lo que hace forzosa la elección. En esta elección yace un viejo conflicto de intereses entre comprador y vendedor que, globalizado en la sociedad actual, puede a menudo presentarse como un conflicto entre el sector de la producción o distribución y el sector del consumo. Esta globalización da perfiles nuevos al problema de la protección del comprador.

Una interpretación demasiado estricta al concepto de dolo (en el supuesto que contemplamos) que lo circunscribiese a los casos más graves, por la malicia o por la clara intención de engañar con que ha actuado el vendedor, nos parece que resulta insuficiente para ofrecer una razonable protección al comprador. Pero, como intérpretes, para poder ampliar los estrechos límites de ese concepto sin suplantar los criterios del ordenamiento por nuestros

propios criterios, es preciso contar con ciertos apoyos objetivos, si no directamente en la ley, al menos en los principios que inspiran y sustentan nuestro Derecho. A buscar ese apoyo se ha consagrado precisamente una buena parte del esfuerzo de este trabajo.

Movidos de esa finalidad protectora hemos intentado rescatar una vieja noción de Derecho, clave en materia de responsabilidad, que habiendo jugado un importantísimo papel a lo largo del Derecho histórico, vino a caer en la incomprensión y el olvido tras la codificación. Nos referimos a la noción de «culpa lata».

La culpa lata, junto al dolo, ha servido (por su especial gravedad, por el grado extremo de su negligencia que implica) para construir un criterio mínimo de imputación de responsabilidad y, consiguientemente, una exigencia ética no rebajable en el comportamiento social de las personas. Ese es el sentido de la reiterada equiparación de esta modalidad de la culpa al dolo, a menudo criticada por mal entendida.

Para poder entender mejor el concepto de dolo y de culpa lata nos hemos visto obligados a iniciar el trabajo con unas consideraciones generales en torno al dolo, hechas, fundamentalmente, pensando en los problemas que aquí nos preocupan. A ellas sigue, la delimitación del supuesto de responsabilidad. La abstracción de ese apartado ha intentado corregirse en el que le sigue en el que se estudian, en concreto, ciertas manifestaciones típicas (a la vista de la historia y de la práctica de los tribunales) de este supuesto de responsabilidad.

I

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DOLO

En Derecho civil son múltiples las aplicaciones concretas del dolo, reflejadas incluso en nuestro Código (1). Por ello, sin perjuicio de los intentos de unificación (2), el concepto de dolo se nos presenta también en la dogmática jurídica fraccionado por ámbi-

(1) En este sentido afirma CASTRO: «Desde siempre, puede decirse, con la misma palabra dolo se han expresado conceptos diferentes», *Negocio Jurídico* § 193. A continuación enumera los sentidos en que se utiliza, dentro de nuestro Código civil.

(2) Cossío intenta una «construcción unitaria del dolo dentro de nuestro Derecho civil», ya que el estudio de esta materia ha adolecido siempre de cierto casuismo estéril, *El dolo en el Derecho civil* (1955) p. 32.

En términos generales, considera Cossío que la función reparadora es la función que corresponde al dolo en el Derecho civil, mientras que la represiva es la que corresponde en el Derecho penal, *op. cit.*, p. 26; en esto se muestra de acuerdo con la opinión de ilustres penalistas, como DORADO MONTERO.

Tal criterio, que, quizá, ante todo esté pensando en una ordenación de futuro, no es ajustado al momento actual. En Derecho civil, del dolo no sólo se deriva la obligación de reparar, sino además, en muchos casos, efectos sancionadores, si no directamente buscados, sí, al menos, indirectos, resultado de la falta de protección a quien obró dolosamente.

tos de aplicación (3). Este desdoblamiento contribuye sin duda a que la doctrina haya podido profundizar más en cada una de sus manifestaciones, sin perjuicio de que, en el plano de los principios éticos que fundamentan el ordenamiento, pueda percibirse una unidad de sentido entre las diversas aplicaciones del dolo, manifestación de un principio básico en el que todas ellas se inspiran y apoyan, que, aplicado a los casos concretos, adopta diferentes técnicas de realización.

Dentro del Derecho de obligaciones, el dolo puede concebirse como un *vicio del consentimiento* o como una *causa de responsabilidad*, fundada en el carácter reprobable de una conducta. En este segundo aspecto, aún es preciso diferenciar el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, el dolo que incide en el período de formación del contrato (dolo incidental) y el dolo extracontractual. De estas tres manifestaciones sólo la segunda nos va a interesar aquí, es decir, el dolo incidental.

Advirtamos, por fin, que cuando se piensa en el dolo como conducta que genera responsabilidad, hay que separar dos funciones diferentes, que pueden ser invocadas aludiendo al mismo: Unas veces sirve el dolo para establecer un criterio (no el único, por cierto) de *imputación de responsabilidad*; otras, funciona como elemento para *medir la cuantía de la indemnización* en que se traduce la responsabilidad imputada.

Sobre cada uno de estos aspectos insistiremos más adelante.

SIGNIFICADO DEL DOLO EN DERECHO ROMANO

En Derecho Romano, por exigencias de su propia evolución, se encuentran diversos sentidos de dolo (4). Por un lado, se maneja una idea estricta, que contiene especiales dosis de malicia (*dolus malus*). Esta idea, de la que existen testimonios literarios (5) aparece elocuentemente recogida en la definición de LABEON, transcrita por ULPINO: «Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam» (6). Siendo éste el supuesto principal, también vamos a encontrar una extensión (7) de esta idea

(3) Así se ha podido afirmar que el dolo en cuanto vicio del consentimiento «no tiene nada que ver» con el que acompaña al incumplimiento, ALBADALEJO, *Derecho Civil II Obligaciones* 1.º (1977) p. 168.

Sobre los problemas que plantea la construcción del concepto de dolo en el Derecho de obligaciones, cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* I, 706 ss.

(4) V. SIBER, H., *Römisches Recht*, II (1928), 234.

(5) Por ej. CICERÓN, de off. 3,14,60: «C. Aquilius ... protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat: cum esset aliud simulatum, aliud actum».

Esta definición se asemeja a la de SERVIO, contenida en D. 4,3,1,2.

(6) D. 4,3,1,2.

(7) Cfr. JÖRS-KUNKEL *Derecho privado romano*, § 160.

de dolo en otros textos del Digesto (8). En todos estos casos nos hallamos ante un dolo concebido como delito por el Derecho Honorario, que concede a quien lo padeció una acción subsidiaria («si de his rebus alia actio non erit») (9), con la que se pretende evitar tanto el provecho de quien actuó dolosamente, como el daño de quien lo padeció (10).

Por efecto de la contraposición entre *dolus malus* y *bona fides* (11) presente en Roma, nos encontramos dentro de este sistema con una idea más amplia de dolo, que se va perfilando en la medida en que se va dando mayor acogida en el mismo a las exigencias de la buena fe. En efecto, hubo un momento en que las exigencias de renovación que planteaba el ordenamiento hubieron de ser cubiertas, dando un contenido más amplio a la buena fe (12). «La consecuencia de esto fue —como señalan JÖRS-KUNKEL— una importante ampliación del concepto del *dolus*». En esta fase el dolo «no sólo comprendía el acto antijurídico consciente, la conducta artificiosa y falaz, sino toda clase de deslealtad, todo obrar impropio de personas honradas» (13). Pieza clave en esta evolución serán los «iudicia bonae fidei», a los que corresponden acciones con «intentio incerta» que permiten al juez formular su condena según lo que la buena fe exija en el caso concreto. Pensando en estos «iudicia» ha podido sostenerse que «la conducta contraria a la *fides* es asimilada, en su efecto, al *dolus*» (14).

El dolo se utiliza también, como medida de responsabilidad. Así entendido, es «toda conducta mala y desleal» (15). Se contrapone a la culpa, entendida como falta de diligencia, y representa el grado más grave de la culpabilidad. Esta acepción del dolo responde a las necesidades de diversificar grados en la imputación de responsabilidad.

(8) Como ejemplos de ello cita SIBER: D. 4,3,20 pr.; D. 4,3,31; D. 4,3,7,6; D. 4,3,1,21; D. 4,3,7,3; D. 4,3,18,5; D. 4,3,19.

(9) D. 4,3,1,1.

(10) D. 4,3,1, pr.

(11) Ej. D. 17,2,3,3.

(12) La buena fe va a ser en Roma un importante elemento de evolución del sistema. Esto nos recuerda «un enfrentamiento que se producirá siglos más tarde entre el Derecho común y la práctica mercantil, ante el cual BARTOLO intentará buscar una justificación a esta práctica a través del *bonum et aequum*: «nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, omissis iuris solemnitatibus». Idea que, a su modo, recoge posteriormente STRACCA: «Sed illud non negabimus: quaestiones mercatorum ex bono et aequo cognoscendas esse, in quo genere plerumque sub autoritate iuris scientiae pernitiore erratur». CALASSO, *Il negozio Giuridico* (1967), pp. 205-206, 313-314, 323-325.

(13) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 109, 2-b. Lo que ocurre es que los modelos romanos de honradez pensados para relaciones entre iguales, dejan un margen a la astucia (*dolus bonus*), peligroso en donde las relaciones jurídicas no se establecen en plano de igualdad.

(14) IGLESIAS, *Derecho romano* (1958), p. 458.

(15) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, § 110, 2.º.

EL DOLO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En la responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) el dolo aparece como un criterio de imputación. Nos lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, contenido en la fórmula, sin duda más amplia, que emplea el artículo 1.902 del C. c. También en la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, especialmente considerado en el artículo 1.101 y en otros concordantes. Por fin, en el aspecto que aquí más nos importa, el dolo es el fundamento básico (si no el exclusivo) de la responsabilidad *in contrahendo* (art. 1.270 II).

Mas que el dolo sea un criterio de imputación de responsabilidad, no quiere decir que sea el único. La responsabilidad civil puede traspasar los límites del dolo. Así ocurre, al menos, cuando se basa en el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, o deriva de actos dañosos causados fuera de una relación contractual (cfr. arts. 1.101, 1.103, 1.105, 1.902). En cambio, en la responsabilidad *in contrahendo* el supuesto de responsabilidad, como veremos, es más estricto y se circunscribe al dolo (artículo 1.270 II).

El que el supuesto de responsabilidad traspase, a menudo, los límites del dolo, abarcando a la culpa, hará que se minimice el papel del dolo como criterio de imputación de responsabilidad y se piense en él más bien como criterio para medir la cuantía de la indemnización (cfr. art. 1.107). En este sentido dice Díez PICAZO, a propósito del incumplimiento de las obligaciones: «La perpetuación de la obligación, la falta de exoneración del deudor, la transformación de la deuda en deuda de equivalente pecuniario y la responsabilidad en la medida del daño previsible no dependen en materia civil de la voluntariedad del comportamiento del deudor, sino de la simple ausencia de causas de inimputabilidad. Todo deudor, sea doloso, incida en simple incumplimiento sometido a las consecuencias jurídicas de su acción. El dolo es, pues, un criterio de la medida del incumplimiento: el resarcimiento se extiende y se hace integral» (16).

Con todo, no deja de tener sentido, no sólo teórico sino también práctico, considerar de modo separado al dolo, como criterio de imputación de responsabilidad. Es un criterio mínimo, correspondiente a un mínimo de diligencia exigible en la conducta de las personas, como puso de relieve el Derecho Común.

Es cierto, como hemos observado, que tanto la responsabilidad contractual como necesariamente la extracontractual, traspasa los límites del dolo; pero precisamnte en el caso que a nosotros nos

(16) Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* I (1970), 708. Insistiendo en esta idea afirma en ese mismo lugar: «Dentro del sistema del derecho de obligaciones el dolo del deudor no aparece como un elemento integrante del incumplimiento y de la lesión del derecho de crédito, ni tampoco como un presupuesto de la facultad del acreedor para reclamar la ejecución o el resarcimiento de los daños. Es más bien un criterio de agravación de la responsabilidad».

importa, el de la responsabilidad *in contrahendo*, el dolo viene a ser el principal criterio de imputación. El supuesto de responsabilidad tiene aquí por principal componente al dolo, aunque, por diversas razones, traspase, en alguna medida, los límites de un concepto demasiado estricto del dolo, concebido como conducta «gravemente» engañosa o maliciosa. Concepto estricto que, en cambio, se recibe en el Código cuando contempla la anulación del contrato por dolo causal («dolo causam dans»): «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave...» (art. 1.270 I).

En resumen, en la cuestión que en este trabajo se nos plantea que gira en torno a la responsabilidad *in contrahendo*, importa el dolo como principal componente de esa responsabilidad (dolo incidental, art. 1.270 II).

Otra razón que justifica separar al dolo de otros posibles criterios de imputación de responsabilidad (negligencia menos grave, responsabilidad objetiva), es la distinta posibilidad de previa exoneración que, con respecto a cada uno de ellos, tiene la autonomía de la voluntad. La responsabilidad derivada del dolo tiene un tratamiento peculiar y distinto. De antiguo se dice que el dolo se presta siempre (17), lo cual significa que la autonomía de la voluntad no puede alterar el régimen de responsabilidad por dolo, si bien aquí ha de tenerse sumo cuidado en distinguir los pactos de exoneración de la responsabilidad por dolo, de los pactos de configuración de la obligación (en materia contractual). En el Código civil, el principio aparece recogido en el artículo 1.102 y se puede conectar con los límites generales de la autonomía privada (art. 1.255), por cuanto «las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por dolo... supondrían permitir la libre comisión de un acto ilícito» (18), lo cual, obviamente, es algo que atenta contra los principios éticos que inspiran el ordenamiento. A esa razón fundamental, hay que añadir otra de carácter técnico que opera principalmente en las obligaciones contractuales. Si, como sostiene una buena parte de la doctrina, para que haya dolo en el incumplimiento de las obligaciones basta un incumplimiento voluntario no justificado y no es preciso un ánimo de dañar, permitir el dolo es dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo cual está prohibido en el Código civil (art. 1.256) (19). El dolo contribuye así a configurar unos deberes mínimos de conducta exigible a las personas.

Advirtamos, sin embargo, algo en lo que más adelante tendremos que insistir: No es sólo el dolo el que siempre se presta. Hay

(17) Cfr. P. 5,11,29; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.012, III (1852), p. 49.

(18) Díez PICAZO, *Fundamentos I* (1970), p. 717.

(19) En la medida en que se deje al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de la obligación, no hay una verdadera obligación. Pero si la cláusula de exoneración no afecta al todo, sino sólo a algunos extremos de la obligación, habrá que considerar si se justifica la subsistencia parcial del resto, teniendo en cuenta la voluntad y la causa.

ciertos grados de culpa que han merecido en la historia y pueden merecer el mismo tratamiento que el dolo, lo cual ha justificado su equiparación al dolo. Ello si bien ha contribuido a desdibujar el concepto de dolo, a hacerlo equívoco, ha permitido establecer razonables límites a los pactos de exoneración de responsabilidad.

EL DOLO COMO CRITERIO PARA MEDIR LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN

El dolo es también un criterio para determinar la cuantía de la indemnización. Nuestro Código civil acentúa la cuantía del deber de indemnización en los casos en que exista dolo:

«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que coincidentemente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (art. 1.107).

La idea de sancionar al deudor doloso, ampliando los daños que deba indemnizar, es una idea presente en el Proyecto de 1851: «En caso de dolo, se extenderá la indemnización a los (daños y perjuicios) que hubieran sido conocidamente ocasionados por el» (20). Su fuente de inspiración es el Derecho francés; ya estaba recogida, aunque con distinto alcance, en el Código civil francés (21) y anteriormente cuenta con un precedente doctrinal tan influyente como POTHIER (22), inspirado en este punto en MOLINEO.

El efecto sancionador que se liga al dolo en el artículo 1.107 del Código obliga a separar, aunque sólo sea en el ámbito de la interpretación de los términos legales, lo que el dolo pueda ahí significar, de lo que significa como criterio de imputación de responsabilidad, aspecto al que aludimos anteriormente. Cuando pensamos, no ya sólo en reparar dentro de unos límites razonables el daño causado, sino en castigar una conducta, nos movemos en el ámbito de lo punitivo y hemos de construir de modo más estricto el concepto de dolo. No vamos a detenernos ahora en el estudio del concepto del dolo a que se refiere el art. 1.107 II, pues siendo distinto del que a nosotros puede interesarnos, basta con advertir su peculiaridad (23). Sólo con ese propósito diferenciador vamos a añadir algunas observaciones de utilidad.

(20) Art. 1.016, II, P. 51.

(21) Arts. 1.150, 1.151. La extensión que da el artículo 1.151 del Código civil francés a la responsabilidad en caso de dolo no coincide con la de nuestro Proyecto. En éste es más amplia, ya que se piensa que en el Codex de Justiniano (C. 7,47) no se trató de poner tasa o coto a la responsabilidad en los delitos, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.016.

(22) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 168.

(23) Un elemento importante a resaltar en el supuesto del 1.107, II es la intencionalidad. En efecto, la contraposición entre dolo (párr. II) y buena fe

La primera se refiere a la equiparación de la culpa lata al dolo. Principio tradicional que puede resultar razonable para ampliar el supuesto de responsabilidad en aquellos casos en que ésta se circunscribe al dolo (ej. en la formación del contrato) o para impedir respecto a la culpa lata, como sucede con el dolo, la exclusión de responsabilidad por el juego de la autonomía de la voluntad; pero principio que no tiene que extenderse necesariamente a los casos en que la ley trate de sancionar una actuación dolosa (24). Al menos no se puede, operando con él de modo abstracto, trasladarlo a estos casos, mecánicamente, para ampliar el supuesto sancionador. Se trata de un supuesto de dolo distinto y cuyo alcance hay que fijarlo de un modo directo por vía de interpretación.

Se observan también diferencias en cuanto a la prueba del dolo. Cuando se invoca el dolo como supuesto de responsabilidad, la dificultad de probarlo ha hecho que desde el Derecho Común se opere con presunciones. Presunciones que muestran su valor práctico en los casos en que la responsabilidad se centra en el dolo. Así ocurre en el caso de vicios ocultos, en el que históricamente se utilizan. Ahora bien, este modo de operar, a través de presunciones, justificable en estos casos, no puede generalizarse a todos los casos y funciones del dolo. Así, por ejemplo, en el dolo que produce la nulidad del negocio, la gravedad exigida por el Código (artículo 1.270 I), unida a la inseguridad que produce el efecto, impone operar con cierto rigor en el momento de la prueba. Y así el T. S. se ha mostrado contrario en este caso a las «meras conjeturas o deducciones» (25). De un modo parecido ha de ocurrir con el dolo que sanciona el párrafo II del artículo 1.107.

También se pueden notar diferencias en la responsabilidad por hecho ajeno. Una cosa es que en determinados casos, la conducta ajena imponga a un sujeto la obligación de resarcir a un tercero y otra bien distinta, que esa obligación de resarcir deba abarcar a lo que el resarcimiento, en un caso concreto, sea debido a la conducta dolosa del agente y constituya resarcimiento-sanción.

(párr. I), sólo se entiende dando a la buena fe un sentido subjetivo, caracterizado por la falta de intencionalidad en el sujeto, de donde *a sensu contrario*, el dolo significará aquí la intencionalidad. Esto no significa que en otros casos el Código no emplee los términos buena y mala fe con sentido distinto (objetivo).

Una interpretación diferente del art. 1.107 en Díez PICAZO: «No se comprende bien —afirma— que un deudor que por hipótesis es culpable, pueda ser calificado como *deudor de buena fe*. Un deudor de buena fe sólo puede ser un deudor que ha ajustado su conducta enteramente a los cánones o a los criterios éticos imperantes; un deudor que se ha comportado correctamente, honestamente y, por tanto, diligentemente. Este deudor, sin embargo, incide en responsabilidad», *Fundamentos*, I, n. 841, p. 702.

(24) No entenderlo así ha sido una de las causas impulsoras del movimiento contrario a la equiparación de la culpa lata al dolo, vid. ROBLÓT, *De la faute lourde en Droit privé français*, «Rev. Trim. de Droit civil» (1943), 1 ss.

(25) CASTRO, *Negocio Jurídico*, § 207.

DOLO CAUSAL Y DOLO INCIDENTAL

Los artículos 1.486 II, 1.487 y 1.488 II, contemplan un caso de dolo que podemos relacionar con el llamado dolo incidental a que se refiere el artículo 1.270 II C. c. De ahí nuestro interés por esta manifestación del dolo.

Con aparente falta de riguroso criterio sistemático trata el Código de la indemnización por razón del dolo incidental, dentro de la regulación de los vicios del consentimiento, que permiten la anulación del contrato. Podría pensarse que esa referencia es un mero residuo histórico, porque hayan prevalecido sobre la sistemática codificadora (26), las influencias de las clasificaciones históricas que desde el Derecho Común contraponen dolo *causam dans* y dolo *incidens* (27). Pero la razón de esa referencia es otra. Preocupa en la época de nuestra codificación reducir a justos límites un efecto que se considera justo, pero peligroso: la nulidad de los contratos fundada en el dolo. Expresando esta idea de modo abierto y manteniéndose, por tanto, dentro de un riguroso criterio sistemático, decía el P. 1851: «El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de éstos» (art. 993) (28). Luego el Código civil, sin dejar de destacar ese aspecto excluyente («sólo obliga»), atenderá también a los efectos propios del dolo incidental («indemnizar daños y perjuicios») (art. 1.270 II). Esta referencia, quizá casual, al dolo incidental en el artículo 1.270 II, va a significar una regla general (junto a otras especiales, como en el caso del saneamiento) que justifica la responsabilidad por la conducta dolosa de una de las partes en el período de formación del contrato.

Entre el *dolo incidental* que contempla el artículo 1.270 II y el *dolo causal* al que se refieren los artículos 1.269 y 1.270 I, hay, sin duda, elementos diferenciadores, pero también existen elementos comunes. Resaltar esos elementos comunes, debidamente ponderados los diferenciadores, puede sernos útil para entender mejor el supuesto de hecho del dolo incidental.

Para establecer esa comparación atenderemos separadamente

(26) Así, en otros Códigos como el francés, napolitano, sardo, de Vaud, holandés, de la Luisiana, prusiano, no se contempla en este lugar más que el dolo que da causa al contrato, sin aludir al incidental, cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* art. 992, III (1852), p. 25.

(27) Desde los glosadores, se diferencia entre el dolo que da «*causam contractui*» y el que no la da: así BULGARO, en su *Summula de dolo*, se refiere a la «*venditio, qui dolus causam dederit*», cfr. BOLLONO, en *Enciclop. del Diritto*, s.v. *Dolo*, II *Diritto intermedio*, p. 729.

La distinción se recoge en las Partidas (P. 5,5,57) y es utilizada por nuestros autores hasta el momento de la codificación; así, por ejemplo, HERMOSILLA, *Addiciones*, glosa 1.ª P. 5,5,57 (1726), p. 844, n. 28 y p. 845, n. 2; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 992, III (1852), p. 25; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, II (1886), p. 182; vid. MORALES, ADC (1980), p. 612.

(28) A GARCÍA GOYENA le preocupa que «puedan suscitarse muchos pleitos de nulidad, o rescisión so pretexto de dolo, con perjuicio de la estabilidad de los contratos», *Concordancias* art. 992 III (1852), p. 26.

a la caracterización de la conducta de quien ha causado el dolo y al efecto de la actuación dolosa.

a) El artículo 1.269 considera conducta dolosa en el dolo causal, las «palabras o maquinaciones insidiosas» que emplea uno de los contratantes. A lo cual añade el artículo 1.270 I una exigencia de gravedad de la conducta del sujeto (29). El 1.270 II, por el contrario, no nos dice qué es el dolo incidental, presupone su concepto; ni tampoco exige en él gravedad, por lo que esta característica, parece, más bien, propia del dolo causal. De ahí resulta una importante diferencia entre el «dolo causal» y el «dolo incidental». En el primero, a efectos de la anulación, la conducta del sujeto exige una actuación maliciosa, dolosa en sentido estricto. En cambio, en el segundo, a efectos de indemnización, se admiten, tanto esas conductas revestidas de especial malicia (a que se refieren los artículos 1.269, 1.270 I C. c.) como otras conductas en que, aun no habiendo malicia, por el grado de negligencia que implican (culpa lata) pueden considerarse equiparables al dolo, justificando la imputación de responsabilidad. Un mismo término, «dolo», al ser adjetivado de «causal» o «incidental» diversifica su sentido, e implica conductas reprobables en grados diferentes.

Como hemos podido advertir, el dolo incidental tiene un sector coincidente con el dolo causal (dolo en sentido estricto) aunque su ámbito sea más amplio. Ambos ofrecen la imagen de dos círculos concéntricos, lo cual permite aplicar en el sector común el efecto más general, la indemnización.

b) Las diferencias entre ambas formas de dolo se manifiestan también en las consecuencias que ha provocado la conducta dolosa, consecuencias que el Código sólo indica respecto al dolo causal (art. 1.269). En éste es, la *inducción a contratar* ejercida por un contratante sobre el otro, *determinante* de la celebración del contrato («es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas [palabras o maquinaciones insidiosas] no hubiera hecho»). En el dolo incidental el silencio del Código nos plantea alguna dificultad. En principio podemos dar como característica segura del mismo, por contraposición al dolo causal, que no existe inducción determinante de la celebración del contrato, y, por tanto, que la voluntad del sujeto que lo padece no está viciada. Esta idea extraída por exclusión, corrobora su exactitud consultando los antecedentes históricos. GARCÍA GOYENA la recoge en una definición histórica del dolo incidental que reproduce («sponte contrahit») (30) y, anteriormente, ocurre del mismo en HERMOSILLA («quis vendere volentem» (31). Mas los autores, junto a esa característica negativa, señalan un elemento positivo, efecto del dolo incidental; el *engaño* sufrido por un con-

(29) Véase CASTRO, *Negocio jurídico*, § 204.

(30) El dolo para GARCÍA GOYENA es incidente, «cum quis sponte contrahit, sed modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur», *Concordancias* art. 992 III, p. 25.

(31) HERMOSILLA, *Additiones* (1726), p. 845, n. 2.

tratante, *in modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter* (32). Engaño que no podemos considerar como algo exclusivo del dolo incidental, pues como dicen las Partidas: «*Dolus* en latín, tanto quiere decir en romance como *engaño*» (33).

De lo anterior puede extraerse una conclusión. Si tanto en el dolo causal como en el incidental existe un engaño provocado (de modo más o menos intencionado) por un contratante en el otro, que puede justificar una indemnización, la reparación del daño causado no es efecto exclusivo del dolo incidental, y también parece posible en el dolo causal. La manera de expresarse el artículo 1.270 («el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios») no significa que la indemnización sea un efecto *exclusivo* del dolo incidental, sino más bien que es el *único efecto* admitido en esta forma de dolo. Por tanto, es posible, que el contratante que ha padecido el dolo causal no impugne el contrato, porque le convenga más mantenerlo o porque haya transcurrido el plazo correspondiente, pero exija indemnización (34). También le cabe pedir la indemnización, además de la anulación del contrato, en la medida en que lo justifique la satisfacción de su interés. No es posible establecer, por tanto, una absoluta oposición entre el dolo causal y el dolo incidental.

Incluso existen autores para los que la diferencia entre ambas categorías es artificial. Porque, como señalan WEILL-TERRÉ, «es difícil distinguir la voluntad de contratar, en sí misma considerada, y la voluntad de contratar en condiciones determinadas. El llamado dolo incidental es también determinante ya que, sin él, el contrato no se hubiera celebrado en las mismas condiciones». Si en la garantía por vicios ocultos el comprador puede conseguir que se deshaga el contrato, no se comprende por qué la víctima de un dolo no se puede beneficiar de la misma ventaja (35).

Esta observación se hace más útil en la medida en que se admita que la indemnización, en los casos de dolo incidental, puede consistir en la resolución del contrato, o si se destaca en tales casos —como a veces hace nuestro Tribunal Supremo— la insatisfacción

(32) CASTRO caracteriza al dolo incidental como aquél que «afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato». *Negocio jurídico*, § 204.

(33) P. 7,33,11. El término «engaño» añade a su significación penal (P. 7,16) un aspecto civil. Una nítida separación del aspecto civil y penal se percibe en la regulación de los plazos de prescripción de las respectivas acciones (P. 7,16,6). Como término penal, «engaño es una palabra general que cae sobre muchos yerros que los omes hacen que non ha nomes señalados» (P. 7,16 princ.). Se define como «enartamiento que los omes hacen unos a otros por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas que dicen con intención de los engañar, o delos decir» (P. 7, 16,1 : D. 4,3,2,1). Un aspecto muy importante de esta consideración penal son los engaños que se producen en la celebración de los contratos, utilizados por un contratante para defraudar al otro (Cfr. P. 7,16,7). En otros lugares del texto legal se consideran sus consecuencias civiles (validez de la venta, «enmienda del engaño») (Cfr. P. 5,5,12; 57; 63; 64).

(34) Así lo admite la jurisprudencia francesa; en tal caso no se aplica el plazo de caducidad, v. WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les obligations* (1980), p. 218.

(35) WEILL-TERRÉ, *Op. cit.*, n. 184, pp. 214-215.

del interés del acreedor (que padeció el dolo) para entender que hay incumplimiento (por parte de quien lo provocó).

LA CULPA LATA Y SU EQUIPARACIÓN AL DOLO

Junto al dolo, parece obligado tratar también, brevemente, de la culpa lata, ya que la misma se ha solido equiparar a aquél. Tal equiparación tiene para nosotros un enorme interés, pues sirvió históricamente para ensanchar el supuesto de responsabilidad de que aquí tratamos. Por esa equiparación responde, no sólo el vendedor que intencionadamente engaña al comprador, supuesto de dolo en sentido estricto, sino también el que incide en culpa lata.

Los orígenes del propio concepto de culpa lata y de su asimilación al dolo se encuentran en el Derecho Romano. Son muy numerosos los textos del «Corpus Iuris» en los que se maneja esta noción de culpa (*culpa lata, culpa dolo proxima*) y se equipara al dolo (36). Quizá de todos ellos, el que de modo más elocuente nos la define, sea un texto del Digesto atribuido a ULPIANO que dice así: «Culpa lata est nimia negligencia, id est, non intellegere quod omes intelligunt» (37). La equiparación entre la culpa lata y el dolo parece ser, según nos indican los especialistas, un resultado tardío en la evolución del sistema romano (38), aunque no falta quien advierte, ya en el Derecho clásico, una tendencia a extender la responsabilidad por dolo en ciertos casos de culpa (39). Sea cual fuere la exactitud de estas apreciaciones, lo que aquí a nosotros más nos importa destacar es la nitidez con que se nos muestra la equiparación en el Derecho justiniano: «magna negligencia culpa est; magna culpa dolus est» (40).

Además de la *culpa lata*, las fuentes justinianas recogen otros tipos o grados de culpa: *Culpa in concreto* (diligentia quam in suis rebus adhibere solet) (41). *Culpa levis, culpa levisima*. En opinión de JÖRS-KUNKEL, estos grados de culpa son seguramente «derivaciones de distinciones clásicas cuyo fin era, presumiblemente, delimitar la extensión de la *bona fides* en cada uno de los *bonae fidei iudicia*» (42); lo cual nos hace advertir que estas graduaciones de la culpa donde adquieren sentido y prestan mayor utilidad, es, fundamentalmente, en el marco de la responsabilidad contractual.

(36) Una amplia enumeración puede verse en KASSER, *Das römische Privatrecht*, § 258,4.

(37) D. 50,16,213,2.

(38) Véase, por ej., SIBER, H., *Römisches Recht, II, Römisches Privatrecht* (1928), p. 244.

También es opinión extendida entre los no especialistas, cfr. MAZEAUD-TUNC, *Responsabilité civile I* (1965), § 414, p. 482.

(39) Así, KASER, *op. cit.*, § 118,3 invocando, Cels. D. 16,3,32; también IGLESIAS, *Derecho Romano* (1962), p. 460; JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano*, § 110,3.

(40) D. 50,16,226.

(41) Contribuye también a agravar la responsabilidad por dolo, y, a veces, puede llegar a imponer la más extrema diligencia, KASER, *Op. cit.*, § 258, 3.

(42) JÖRS-KUNKEL, *D. privado romano*, § 110-3.

Las ideas romanas en torno al dolo y la culpa serán reelaboradas por el Derecho común y continuarán vivas, más o menos transformadas, hasta el momento de la codificación. El que el nivel de diligencia exigible en cada una de las diferentes obligaciones no sea homogéneo impone, como ya se advirtió en Derecho romano, una diversificación en grados de la culpa, según el nivel de diligencia exigido, y unos criterios para determinar, en cada caso, el nivel de diligencia impuesto al sujeto. Respondiendo a esta necesidad de diversificación, en el Derecho común se ofrecen múltiples clasificaciones de los grados de culpa. Quizá de todas ellas, la que para nosotros despierte mayor interés, por estar recogida en las Partidas, sea la que establece tres grados de culpa: culpa lata, culpa leve y culpa levísima (43). Su influjo perdura hasta el momento de la codificación. Cada uno de estos tres grados de culpa se define así en el texto legal: «*Lata culpa* tanto quiere dezir, como grande e manifiesta culpa, assi como si algún ome non entendiesse todo lo que los otros ome entendiessen, o la mayor partida dellos... Otrosi dezimos, que yha otra *culpa* aque dizen *levis*, que es como pereza, o como negligencia. E otra yha aque dizen *levissima*: que tanto quiere dezir, como non aver ome aquella femencia en alfiar, e guardar la cosa que otro ome de buen seso avria si la tuviesse» (44). La claridad de esta ley (dejando a un lado posibles dificultades de aplicación) se empaña en otras de las Partidas (45), que la Glosa intentará explicarnos (46).

(43) Nuestros autores tienen presentes otras clasificaciones que no siguen. Así la de BARTOLO (autor muy tomado en cuenta en esta materia), que distingue cinco especies de culpa: *latissima* (dolo), *latiore* (dolo presunto), *lata*, *levis*, *levissima*. O la que se atribuye a MYNSINGER y recoge DONELLO que, impugnando la anterior, sólo admite dos tipos de culpa: *culpa lata* y *culpa levis*. Véase HERMOSILLA, *Notae Additiones et resolutiones*, P. 5,2,2, Glosa II, n. 4,5, que, frente a estas posiciones, defiende, como otros autores, una clasificación tripartita de los grados de la culpa.

(44) P. 7,33,11. Los conceptos de culpa que se recogen en esta ley, quizá por su mayor sencillez y arraigo, son los más recordados en nuestra doctrina decimonónica; así, véase, por ej., GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.005, III (1852), p. 41; GUTIÉRREZ, *Códigos*, IV (1877), pp. 61, 62; ESCRICHE, *Diccionario*, s.v. *culpa*.

(45) Así, por ejemplo, en P. 5,2,2, las categorías culpa leve y levísima que utiliza (aunque sin nombrarlas) funcionan no en relación con modelos abstractos de diligencia (como en P. 7,33,11), sino referidas a la conducta que normalmente adopta en sus propios asuntos el comodatario. El nivel de diligencia que corresponde a la *culpa levísima* impondría, según esta Ley, en el supuesto concreto del comodato, «guardar (el objeto) tan bien como si fuere suyo propio, e aún mejor si pudiere» (máxima diligencia que sea capaz de desplegar el comodatorio, puesta de manifiesto, al menos, por la que demuestra tener en sus propios asuntos). Y en el que corresponda a la *culpa leve*, la diligencia en los propios asuntos funciona como límite: «non es tenuto de guardarle más, que faría las sus cosas propias», «así como lo suyo».

En cambio, cuando es oportuno aplicar al comodato el nivel de diligencia correspondiente a la *culpa lata*, el comodatario, si se pierde el objeto prestado «non es tend(o) de lo pechar; fueras ende, si lo dejare perder engañosamente», esto es, según la Glosa de GREGORIO LÓPEZ, por dolo o culpa.

(46) La consideración «in concreto» de la culpa leve y levísima resulta poco clara. Por eso no es extraño que GREGORIO LÓPEZ, en sus Glosas a la Ley P. 5,2,2, la interprete «in abstracto», según P. 7,33,11.

Los autores contribuirán con su interpretación a explicar esta noción legal. La culpa lata se presenta como una desviación del grado mínimo de diligencia exigible. La definición romana («non intelligere quod omnes intelligunt») se matizará por la doctrina entendiendo el «quod omnes intelligunt», no sólo en relación con el «cuidado y diligencia que todos los hombres, aún los menos solícitos, suelen poner en sus cosas o en sus negocios (47), sino también con la «quan communiter solent abhibere homines illius artis et professiones» (48) Así, el nivel de diligencia exigible que corresponde a la culpa lata, en cierto modo, se diversifica según la profesión y la posición de las personas, como puede percibirse en la definición que de la misma nos ofrece BARBOSA: «Culpa latam esse deviationem ab ea diligentia, quam communiter habent homines, qui sunt ejusdem professionis et conditionis» (49). Notemos cómo, en los retoques que sufre el concepto de culpa lata para, a través de ella (por su equiparación al dolo), poder justificar la responsabilidad del profesional, se sustituye para los profesionales el criterio de la diligencia mínima, criterio que puede valer para el resto de los hombres, por el criterio medio de la diligencia que comunmente suelen practicar los hombres del mismo arte o profesión, criterio, por fin, que en un orden lógico, en lugar del funcional que inspira la clasificación, parecería más próximo a la culpa leve.

Las otras dos categorías de culpa, *culpa levis* y *levisima culpa*, que se corresponden, respectivamente, al nivel medio (el del padre de familia diligente) o máximo («quam diligentissimus ac industrius partefamilias in rebus suis adhibet») (50) despiertan para nosotros menor interés, lo que hace que no nos detengamos en el estudio de ellas. Pero como aspecto curioso conviene advertir cómo el modelo del diligente padre de familia, tan localizado en un modelo social, se sustituye por otros más concretos y diferenciados que permiten matizar en cada caso, con mayor justicia, el grado de diligencia exigible y el correspondiente nivel de culpa. Con esta intención se manejan conceptos clasificatorios como la condición de las personas, su nivel de conocimientos, su cualificación profesional Recogiendo estas ideas YÁÑEZ DE PARLADORIO, que sigue a BARTOLO, define la culpa leve como «debiatio incircumspecta ab ea diligentia quam adhibere solent homines diligentes ejus conditionis» (51); y la levisima: «debiatio incircumspecta ab ea diligentia quam habent homines diligentes et diligentissimi ejusdem cognitionis, seu professionis» (52).

(47) ESCRICHE, *Diccionario s. v. culpa*.

(48) HERMOSILLA, *Notae, Additiones et resolutiones...*, P. 5,2,2, glosa II, n. 8,9,10 (1726), p. 178.

(49) BARBOSA, *Colectanea in Codicem Justiniani*, lib. 4, tít. XXXIV, n. 15.

(50) HERMOSILLA, *Notae, Additiones et resolutiones*, P. 5,2,2, glosa II n. 8,9,10.

(51) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Opera Juridica, seu rerum quotidianarum*, Ginebra (1734), pp. 370-371, n. 9.

(52) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Op. cit.*, pp. 370-371, n. 11.

En las Partidas, como en el Corpus Iuris, se equipara la culpa lata al dolo: «Tal culpa como esta es como necesidad que es semejanza de engaño» (53). La equiparación, por su carácter general, podrá ser matizada, interpretada y hasta excluida en otras disposiciones más concretas. En este sentido afirmaba GREGORIO LÓPEZ: «Ubi requiritur dolo ex proposito non sufficit culpa lata» (54).

La equiparación de la culpa lata al dolo puede concebirse en dos sentidos diferentes, según se la considere simplemente como una presunción *iuris tantum* en la prueba del dolo o como un criterio para sancionar determinadas conductas que, sin revestir directamente la malicia del dolo, merecen el mismo trato que él. La prueba de la intencionalidad propia de la conducta dolosa es ciertamente difícil y aconseja acudir a las presunciones (de hecho y de derecho). En este sentido no comportarse en los asuntos de otra persona, como la gran mayoría de los hombres se comporta en los propios, dando muestra, en el caso en que no hubiera mala fe, de una gran estulticia, es ya bastante significativo y justifica que el juez, en sus apreciaciones, o la Ley presuman el dolo. Pero si nos movemos en el orden de una presunción hemos de admitir la prueba en contrario, la demostración de que, a pesar de todo, el sujeto carecía de mala intención, y con ella la exoneración de responsabilidad. No es precisamente en ese plano en el que nuestra Ley de Partidas sitúa la equiparación que estamos considerando. La equiparación de la culpa lata al dolo no admite ahí prueba en contrario: «Sería por ende en gran culpa de que no se podría excusar» (55).

La razón de tal equiparación puede hallarse en la significación desfavorable que, al igual que el dolo, merece para el Derecho la máxima negligencia que esta culpa comporta; lo que hace que funcione como mínimo de responsabilidad. Como consecuencia se responde al menos por ella en todos los contratos, sin perjuicio de que en algunos, por la utilidad que de ellos obtiene el deudor, le sea exigible un mayor grado de diligencia, que puede traducirse en la responsabilidad por culpa leve o hasta levísima (56). Se extiende también a la responsabilidad de los contratantes en el período

(53) P. 7,23,11. Tener en cuenta lo que al principio de esta misma Ley se dice: «Dolus en latín, tanto quiere dezir en romance, como engaño...».

(54) GREGORIO LÓPEZ, P. 7,23,11 glosa a «semejanza de engaño».

(55) P. 7,23,11.

(56) El grado de culpa por el que responde el deudor en cada obligación se hace depender del *criterio de la utilidad*; es decir, varía según que la utilidad derivada del contrato sea en favor del acreedor, de ambas partes, o solamente del deudor. La *culpa lata*, como se presta en todos los contratos, se prestará incluso en aquellos en que, como ocurre en el depósito, la utilidad es sólo del acreedor (P. 5,3,3). La culpa leve en los que la utilidad es de ambos contratantes, como ocurre en la compraventa, arrendamiento, sociedad... La levísima, en aquellos en que la utilidad es sólo del deudor, como normalmente en el comodato (cfr. P. 5,2,2). Sobre esto, véase: ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. *culpa*; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil II* (1886), p. 191-192; GUTIÉRREZ, *Códigos IV* (1877), p. 63.

do de formación del contrato (dolo incidental): La buena fe, la lealtad en los tratos, impone a los contratantes el deber de información en cuanto a aquellos extremos que puedan afectar al interés que para cada uno de ellos queda justificado en base al contrato. En concreto, al comprador le interesa conocer la verdadera situación de la cosa, sus posibles defectos, sus cualidades, su utilidad y rendimiento... El vendedor debe informarle de ello, y responde tanto por lo que intencionadamente oculta o disimula, cuanto por lo que fácilmente podía e incluso debía conocer, según sus circunstancias personales. Es decir, responde por dolo y por culpa lata. Por fin, la equiparación de la culpa lata al dolo tiene en nuestro derecho histórico otro importante efecto: las partes no pueden pactar la exoneración de responsabilidad derivada de esa forma de culpa. El Tribunal Supremo así lo destaca en Sentencia de 2 julio 1875 (57).

La culpa lata y el Código civil

Las clasificaciones históricas de la culpa van a ser duramente atacadas en Francia antes de la codificación (58), lo cual hará que no se acuda a ellas para regular la responsabilidad contractual ni en el Código civil francés ni en el nuestro (60). Sin embargo, el sistema histórico de la responsabilidad contractual difícilmente podía superarse por completo, con eludir los nombres y las clasificaciones de la culpa (61). Hay principios básicos, capaces de mantenerse por sí solos; entre ellos el que subyace en la equiparación de la culpa lata al dolo.

La idea de que, al igual que ocurre en el dolo, existen ciertos

(57) En este caso el responsable es un mandatario que se hace cargo de un paquete que contiene 10.000 pesetas, para entregarlas a una determinada persona en otra localidad, por cuyo descuido, abandonando en el carruaje la cartera en que se contenía sin tomar las más elementales precauciones, el paquete se pierde y no puede llegar a su destino. El TS entiende «que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída, la advertencia o protexta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia»; y debe «prestar la culpa lata», ya que «esta clase de culpa se presta en todos los contratos, y ... equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos».

(58) Cfr. RODIERE, *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats*. Rev. Trim. Droit Civil (1954), p. 292; RENÉ ROBLLOT, *De la faute lourde en Droit privé français*, Rev. Trim. Droit Civil (1943), p. 3. Las críticas más duras al sistema tripartita de prestación de culpa provienen de LEBRUN, en su «*Essai sur la prestation des fautes*» (1764), que mantiene una postura contraria a POTHIER.

(59) Cfr. arts. 1.137 y 1.148 C. c. francés.

(60) Entre nuestros autores decimonónicos, BENITO GUTIÉRREZ se hace eco de los ataques dirigidos en Francia a la clasificación de las culpas, *Códigos IV* (1877), p. 62. También GARCÍA GOYENA considera «desterradas ya las tres especies de culpas o negligencias», *Concordancias*, art. 1.013, III (1852), p. 49.

(61) Mas, si se tiene en cuenta que «salvo lo que concierne a la división de las situaciones contractuales conforme a la clasificación tripartita de prestación de las culpas, el Código civil (francés) ha seguido fielmente a POTHIER» (RODIERE, *Op. cit.*, p. 205), autor que precisamente defendía la división en grados de la culpa.

niveles de culpa de los que no se puede exonerar el deudor (que es, precisamente, el sentido de la equiparación de la culpa lata al dolo), es una idea afirmada en la práctica de nuestro Tribunal Supremo a finales del siglo XIX y recibida en nuestro Código Civil (62). Después de haber afirmado el artículo 1.012 que la «responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones», con la importante consecuencia de que «la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula», el artículo 1.013 reitera que «la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones», aunque «podrá moderarse por los tribunales según los casos».

Del artículo 1.013 puede inferirse: 1. Que la culpa admite niveles más o menos exigentes, en cuanto a diligencia. 2. Que no obstante, se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones. Conjugando una y otra proposición resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad (63).

Puede quedarnos la duda de qué significa la facultad «moderadora» de los Tribunales. Pues si se entiende que los Tribunales gozan aquí de unos poderes totalmente discrecionales (64), resultaría muy difícil de fijar una categoría mínima de diligencia. Quedaría desdibujada en una casuística inhilvanable.

Mas la moderación de los Tribunales no supone discrecionalidad, exclusión de una regla o principio jurídico (65). Puesto que el nivel de diligencia varía de una obligación a otra, a los Tribunales corresponde determinar cuál es el nivel exigido en cada caso; y más concretamente, calificar como negligente el comportamiento de un deudor (en función de la diligencia exigible), para poderle imputar responsabilidad. Esta actividad moderadora no es discrecional; se realiza aplicando normas jurídicas.

(62) En contra se ha afirmado: «Nuestro C. c. no da ... base alguna para entender vigente la máxima "culpa lata dolo aequipatur", por lo cual, en principio, debe mantenerse que dolo y culpa grave son hipótesis jurídicas diversas», Díez PICALO, *Fundamentos I*, n. 853, p. 718. En parecida dirección, CASTÁN, *Derecho Civil III* (1967), p. 171, citando a MANRESA, sostiene que la exoneración de la culpa es siempre posible, por extremada que sea, con tal de que no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo. También para TRAVIESAS, «El Cód civil español no contiene ningún precepto que excluya la posibilidad de la renuncia a la acción por culpa», RDP. (1926), p. 291, col. 2; apreciación que reitera GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (1965), pp. 142, 144. Si bien ambos autores intentarán, por otro camino, recortar las consecuencias, invocando los límites generales a la autonomía de la voluntad, GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 146. Con respecto al seguro, vid. ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa* (1977), p. 281.

(63) LACRUZ es partidario de la equiparación de la culpa lata al dolo, *Elementos II-1* (1977), p. 104.

(64) Cfr. CASTÁN, *Op. cit.*, p. 169.

(65) ALBADALEJO, *Derecho civil II-1* (1977), p. 172.

II

DELIMITACION DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

DERECHO ROMANO

En Roma las exigencias de la buena fe están presentes en el derecho de obligaciones.

Operan a través de la acción de dolo, de carácter penal (65 bis) y subsidiario (si de his rebus alia actio non erit) (66); pero en la compraventa (negocio de buena fe), en un momento no bien precisado (67) también llegan a operar a través de la propia acción del contrato («actio empti») en cuya fórmula se condena al «quidquid dare facere oportet ex fide bona».

El Derecho Romano supo comprender que las exigencias de la buena fe en los contratos no se limitan a la fase de su cumplimiento, sino que existen también durante los tratos y en el momento de contratar. Así nos lo recuerda ARANGIO-RUIZ, utilizando ejemplos relacionados con el estado cualitativo de la cosa: «Del carácter de buena fe de las acciones resulta el que se atribuyan no sólo por el incumplimiento de una de las partes relacionado con las obligaciones nacidas del contrato, sino también por el *comportamiento malicioso* desplegado por una de ellas, particularmente el vendedor, en el momento de la convención, ocultando los defectos de la cosa objeto de los tratos, o haciéndola aparecer, *fraudulentamente*, provista de cualidades de las que en realidad carece» (68).

Mas el reconocimiento de las exigencias de la buena fe en la etapa de formación del contrato no prejuzga su alcance. Como ya hemos señalado, la invocación de la buena fe puede significar, tan sólo, la exclusión de la malicia, el fraude o el engaño: el dolo en su sentido más grave y estricto. Pero puede también significar la exigencia de otros deberes de conducta.

En Roma la llamada al arbitrio judicial (69) que encierra el «quidquid dare facere oportet ex fide bona» contenido en la fórmula de los «iudicia bonae fidei», hubiera podido permitir ampliar las exigencias de cooperación del vendedor en sus tratos con el comprador, más allá de la pura abstención del engaño, como exigencia de la buena fe; pero no parece que ocurra así. El sistema se muestra más generoso en el desenvolvimiento de los deberes de conducta en la ejecución del contrato (70) que en su formación. En este momento sólo parece preocuparle la sanción del comportamiento malicioso del vendedor, olvidando otros deberes de cui-

(65 bis). Cfr. KASER, § 146, IV.

(66) Cfr. D. 4,3,1, princ. y 1.

(67) Véase HAYMAN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlín (1912), p. 44; utiliza textos literarios.

(68) ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, p. 211.

(69) Cfr. JÖRS KUNKEL, *D. Privado Romano* (1937), p. 238.

(70) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano* (1937), pp. 253-254.

dado y diligencia (71). Así se pone de manifiesto en algunos textos de las fuentes (72) en los que en el momento precontractual el dolo aparece caracterizado, en su sentido más grave, como reticencia o engaño.

Ello puede responder a una característica de la mentalidad latina. CALASSO ha destacado, en contraste con la mentalidad bárbara, su natural inclinación a la argucia y subterfugio, ante la cual el formalismo en la contratación quizá pudo servir para «llamar la atención acerca de la seriedad e inmutabilidad de las obligaciones asumidas» (73). DE LOS MOZOS, desenvolviendo y generalizando aún más esta idea, llega a afirmar que en la mentalidad itálica «se presta mayor atención a la buena fe en el cumplimiento que en la configuración misma del negocio» (74).

Esta idea quizá deba relacionarse con la exaltación que se hace en la mentalidad romana de la riqueza de los particulares, por considerarla la base del interés económico general. CICERÓN llega a sostener que las riquezas de los particulares son las riquezas de la Ciudad (75). Y, siguiendo el testimonio de ECATÓN, nos presenta como sabio al que cuida de su hacienda (76). También considera hombre de bien («vir bonus»), a aquel que aprovecha a cuantos puede, sin hacer agravio a nadie (77).

La búsqueda del interés individual tiene, en Roma, sin duda, límites. No se justifica cuando con ella se actúa «contra mores, leges, instituta». Como ocurre si se emplea dolo en los tratos para aumentar el lucro del contrato. El «dolus malus» se castiga, pero la lógica del sistema contribuye a que sólo se sancionen las conductas más graves, y en cambio se justifiquen otras por la idea de la defensa del propio interés («dolus bonus») (78).

Concluiremos con una observación: El mundo de los tratos se concibe en Roma como una lucha entre las partes, en la cual cada una de éstas ha de ingeniárselas para defender por sí, su propio interés (15) y en la que el sistema se limita a la persecución de las conductas más graves («dolus malus»), creando unas mínimas reglas de juego limpio. Frente a este planteamiento cabe otro distinto: El Derecho, reconociendo el hecho de la contraposición de intereses entre las partes, ha de «intentar» encauzarla y superarla,

(71) Cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht* (1971), § 114, IV, 3, 131, II, 2 y (1959) § 264, V, JÖRS-KUNKEL, *D. Privado Romano*, § 144, 2, HAYMAN, *Op. cit.*, pp. 44 ss.

(72) Por ejemplo, D. 4,3,37, D. 19,1,13,1, D. 19,1,11,15, D. 19,1,1,1, D. 19,1,4 pr., D. 19,5,5,2 (fine), D. 21,1,4,4, D. 21,1,1,9.

(73) *Il negozio giuridico*, Milán (1967), p. 180.

(74) *El principio de la buena fe*, Barcelona (1965), p. 100.

(75) «Singularum enim facultates et copiae, divitiae sunt civitatis», *de off.* 3,15.

(76) «Sapientis esse, nihil contra mores, leges, instituta facientem, habere rationem rei familiaris», *de off.* 3,15.

(77) «Vir bonus est is, qui prodest, quibus potest, nocet nemini», *de off.* 3,15.

(78) En esa lucha, el «dolus bonus» tiene cierto carácter defensivo.

si fuera posible, a través de su ordenación. Para ello habrá de imponer un modelo de conducta leal en los tratos, sobre la base no de la contraposición de intereses, sino de la *colaboración*.

DIRECTRICES DE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR

En el Derecho Común y más tarde en el Humanismo se va a producir una evolución, que partiendo de los propios textos romanos, encontrando conexiones entre ellos y haciendo generalizaciones, va a permitir ensanchar el supuesto de responsabilidad. En el Derecho Común vamos a encontrar una serie de reglas concretas (contenidas a menudo en concisas fórmulas latinas) cuya utilización conduce a ese ensanchamiento. Luego se recogen por los autores posteriores con algunas transformaciones y se hacen presentes, a través de la codificación, en el Derecho actual. Intentar articular estas reglas concretas dentro de unos grandes principios, no cerrados, sino en abierta evolución, puede ser una tarea útil para su mejor comprensión y para su posible utilización. Eso es, precisamente, lo que a continuación vamos a intentar.

La evolución que a partir del Derecho Común se produce va a ser contemplada desde dos vertientes distintas: de un lado la relación vendedor-comprador, en sí misma considerada. De otro, la conexión de esta relación y en particular de la responsabilidad del vendedor, con la organización general de la sociedad. Naturalmente este segundo aspecto aparece sólo parcialmente percibido.

1. *El deber de colaboración entre vendedor y comprador.*—Las reglas del Derecho Común nos permiten constatar en qué medida se abre paso, por encima de la lucha de intereses, un deber de colaboración del vendedor y comprador en el momento de la celebración del contrato.

El alcance de este deber se percibe con el estudio de sus aplicaciones concretas, en la última parte de este trabajo.

Con respecto al vendedor se va a destacar con énfasis, la exigencia de informar al comprador sobre el estado de la cosa. Tal exigencia de colaboración no se limita a transmitir los datos que el vendedor conoce, sino que, más allá de lo conocido, en cierta medida, se va a imponer al vendedor un deber de conocer.

De otro lado, por lo que se refiere a las actividades o maquinaciones fraudulentas del vendedor, se va a producir una evolución en la construcción de la responsabilidad por las afirmaciones inexactas, aún en los casos en que el vendedor no perciba esa inexactitud.

También se van a destacar ciertos deberes de conducta del comprador, cuyo incumplimiento le impide reclamar.

El deber de colaboración a que venimos aludiendo se ha podido desenvolver gracias a una visión nueva de la buena fe (79).

2. *La dimensión social del problema.*—El segundo aspecto a que nos referíamos, el de conexión del problema de la responsabilidad del vendedor con la organización general de la sociedad aparece reflejado, certera aunque parcialmente, en la construcción de la responsabilidad del artesano y del propio comerciante. A ello contribuirá de modo decisivo el humanismo francés.

La idea aparece reflejada en el pensamiento de MOLINEO:

«Reipublica exit, ut teneantur, si vel ignoranter peccent in arte, vel professione sua, alios damnificando, quod etiam ipsa naturalis iustitia dictat» (80).

Pero observemos en esta dimensión social de la responsabilidad por vicios, que la responsabilidad del vendedor no resulta de una exigencia de proteger a los compradores o a un sector de ellos, asumida como principio de organización social, sino que es un efecto del significativo papel que se atribuye a las distintas profesiones en la organización de la sociedad y del modo estricto de concebir sus deberes profesionales. Lo que ante todo se intenta destacar es que nadie puede profesar públicamente un arte si no reúne todos los conocimientos necesarios para ejercerlo como corresponde, regla que tiene en la doctrina de la época el carácter de una exigencia pública (81), que como medio de mantenerla y preservarla aconseja establecer un sistema más rígido de responsabilidad, *quod naturalis iustitia dictat* (82).

DOS EJEMPLOS DE UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR

En el Derecho comparado podemos encontrar, junto a modelos bastante estrictos de imputación de responsabilidad, otros que se caracterizan por su amplitud, y mayor flexibilidad.

Como ejemplo de los primeros, podríamos señalar el BGB, cuyos parágrafos 463 y 480 (2) construyen sobre el dolo, entendido de un modo estrecho, el supuesto de responsabilidad del vendedor. Como ejemplo del segundo está el C. c. suizo de las obligaciones, quizá inspirado en una interpretación extensiva que la antigua doctrina francesa y algunos importantes fallos de los Tribunales habían dado al artículo 1.646 del C. c. francés.

A continuación, para no fatigar excesivamente al lector, vamos

(79) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones* (1726), p. 851, n. 3; POTHIER, *Vente*, p. 63, n.

(80) MOLINEO, *Tractatus de eo quod interest*, Coloniae Agripinae (1597), n. 50.

(81) Se percibe en d'ANTOINE, *Les Regles du droit civil*, Bruselas (1742), p. 325-327.

(82) Es un ejemplo más de apelación a los principios para justificar la renovación del sistema.

a limitarnos a exponer, por su originalidad, el sistema suizo, precedido de ciertas directrices interpretativas del Código francés, en que pudo muy bien encontrar inspiración.

1. *Una interpretación de la expresión «gastos ocasionados por la venta», utilizada para el Código civil francés.*

El Código civil francés contiene dos preceptos relacionados con la indemnización de daños por vicios de la cosa, el artículo 1.645 y el 1.646. El 1.645 obliga al vendedor que «conocía los vicios de la cosa» a indemnizar al comprador «todos los daños e intereses». «Si el vendedor ignoraba los vicios de la cosa» la indemnización se limita a «los gastos ocasionados por la venta».

Para nosotros quizá lo más interesante del Derecho francés está en una orientación interpretativa (doctrinal y jurisprudencial) que ha intentado ensanchar el alcance de estos preceptos.

«La postura tomada por los redactores del Código civil en el artículo 1.646 en favor del vendedor de buena fe —recuerda HENRI MAZEAUD— apareció contraria a la equidad a ciertos tribunales cuando se planteó la cuestión... del perjuicio causado por la cosa vendida, especialmente, si el vendedor era el fabricante de la cosa afectada de un vicio oculto». La Corte de Casación, ante tal problema, mostró preferencia por la protección del comprador (83).

La expresión legal, «frais occasionés par la vente», está inspirada en DOMAT y tiene en este autor un significado estricto (84). Igualmente entre los primeros comentaristas es opinión generalmente enseñada que el vendedor de buena fe no responde de los daños e intereses del comprador (85). Pero en este panorama LAURENT va a mantener otra opinión.

Para este autor esa interpretación que ofrece habitualmente la doctrina no es conforme a la «intención del legislador». Para justificarlo advierte que los artículos 1.645 y 1.646 C. c., no hacen sino aplicar al caso que contemplan, los criterios generales de indemnización que el C. c., inspirado en la doctrina de POTHIER, formula en los artículos 1.150, 1.151 (86), distinguiendo según haya actuado o no dolosamente el deudor.

De esa conexión resulta que el vendedor de buena fe, a que se refiere el artículo 1.546, debe indemnizar al comprador los «daños

(83) RTDC (1955), p. 614. Su opinión tiene interés, porque critica esta interpretación.

(84) «Frais ou la vente aurait pu l'engager; comme les dépenses pour voitures, des droits d'entrée ou autres semblables», *Loix Civiles*, París (1667), I, II, XI, VI.

(85) DUVERGIER, I, p. 511, n. 411; MOURLON, III, p. 247, n. 605, cit. por LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, 3.^a ed. (1869-1878), vol. XXII, n. 293.

(86) Paralelamente en el Código civil español, cfr. art. 1.107.

previstos» (87), a que hace referencia el artículo 1.150; es decir, siguiendo a POTHIER, los *daños e intereses intrínsecos*, experimentados en la cosa objeto del contrato, por oposición a los *daños extrínsecos*, que experimente en otros bienes. De ahí extrae, por conclusión, que el artículo 1.646, en cuanto al vendedor de buena fe, «no es tan restrictivo como parece»; «la restricción no concierne más que al daño que el comprador experimenta en sus otros bienes, pero tiene derecho a todos los daños e intereses que sufre en la cosa vendida». Admite que aquí, en la compraventa, «el Código lo mismo que POTHIER, no prevé más que el daño o la pérdida que experimenta el comprador», pero entiende que el acreedor tiene también derecho a la *ganancia* de que ha sido privado por razón de la cosa viciada que el vendedor le ha entregado. «Si la ley no lo dice, es porque las leyes no prevén más que los casos ordinarios, pues la pérdida ordinaria que el comprador sufre es la del precio que ha pagado y la de los gastos». Pero si en el caso concreto «ha sufrido otras pérdidas y los daños-intereses están previstos, es decir son intrínsecos, el comprador los puede reclamar» (88).

La interpretación de LAURENT va sin duda demasiado lejos, al llegar a admitir que el vendedor de buena fe tenga que indemnizar al comprador incluso en la «ganancia de que ha sido privado por razón de la cosa viciada». No es de extrañar, por ello, que esta opinión no sea compartida; ni siquiera por autores que, como él, han intentado ampliar el alcance del artículo 1.646. En este sentido GUILLOUARD cree que el vendedor «debe reembolsar al comprador los gastos de todo tipo que la venta le haya ocasionado», con objeto de dejarle «indemne de todas las consecuencias de la venta»; pero no llega a admitir la indemnización del lucro cesante, reservada al vendedor de mala fe (89).

Con todo, la idea del propio GUILLOUARD como, con mayor razón, la de LAURENT, no escapa a la crítica. Con razón se recuerda que el origen histórico de la expresión legal («frais occasionés par la vente») está en DOMAT, en cuya idea no cabe tan desmesurada extensión. A lo cual se añade otro argumento de fondo: La responsabilidad del vendedor de buena fe vendría a confundirse con la del de mala fe, a pesar de que el Código, en los artículos 1.645 y 1.646, ha tratado de contraponerlas (90). De ahí que se haya resaltado que los gastos indemnizables al comprador son sólo los que le sean

(87) Argumento de conexión con las reglas generales que, por cierto, puede conducir también a la exoneración de responsabilidad, si se entiende que, cuando el vendedor ignora el vicio en el momento de la venta, el daño causado por el vicio es para él imprevisible, MAZEAUD, H. L. y J., *Leçons de Droit Civil*, 3.^a edic. (1968), p. 228.

(88) LAURENT, F., *Principes*, p. 220; también el mismo autor en, *Cours élémentaire de Droit Civil*, III (1878), n. 745, p. 455.

(89) GUILLOUARD, L., *Traité de la vente et de l'échange*, libro III, tít. VI-VII del C. c., 2.^a ed. París (1890-1891), n. 464.

(90) HENRI MAZEAUD, *La responsabilité civile du vendeur-fabricant*. RTDC.. (1955), p. 615.

«ocasionados *directamente* por la venta» (91), en todas sus posibles modalidades, salvo en el caso de que se pruebe que el vendedor *conocía* los vicios de la cosa, o que se trate de un vendedor *profesional* (92).

Al intento de ampliar la responsabilidad del vendedor de buena fe, utilizando el artificio de extender el alcance de la expresión legal «gastos ocasionados por la venta» se han sumado también algunos significativos fallos de los Tribunales franceses (93), lo cual es aún más importante, pues nos pone de manifiesto, hasta qué punto esa interpretación (pretoriana) está motivada en exigencias prácticas. Muchas veces, los jueces, en contacto directo con la práctica, advierten la necesidad de operar con nuevos principios, antes de que se haya logrado una clara formulación de los mismos. Intuyen la necesidad de soluciones nuevas, justificables e incluso impuestas por el desenvolvimiento histórico del propio ordenamiento; pero no encuentran técnicamente el camino para llegar a ellas. En esa situación es frecuente que en la búsqueda de una justificación para el fallo que se estima razonable y en tanto se va decantando el principio, tengan que acudir a apoyos un tanto artificiosos.

Es curioso observar cómo los Tribunales franceses, cuando han intentado ampliar la responsabilidad del vendedor que ignoraba los vicios de la cosa, no sólo han procurado sacar partido de todas las posibilidades de la expresión legal «gastos ocasionados por la venta» (94), sino que, en la búsqueda de soluciones, en algunas ocasiones han llegado a parecido resultado por un camino diferente, el de la responsabilidad extracontractual (95). Conscientes,

(91) BAUDRY-LACANTINERIE-SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de D. Civil: De la vente et de le échange*, 3.^a ed., 1908), n. 437. Cita como tales: honorarios del notario, derechos fiscales, gastos registrales, gastos de recepción y transporte de la cosa.

(92) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6.^a ed., por ESMEIN V (1947), p. 84, nota 17.

(93) Información en PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique* (1956), pp. 152-153, HUET-WEILLER, *Vente: Garantie des vices cachés*, en «Juris Classeur civil», fasc. X (1968) y posteriores actualizaciones, n. 227-233, BAUMANN, *Droit de la consommation*, París (1977), pp. 106-108, MAZEAUD, H., RTDC. (1955), p. 614; también GUILLOUARD, *Vente*, I, n. 464 y LAURENT, *Principes*, XXIV, nn. 296-297: éste con una referencia menos completa que la de aquél, pero analizando, en cambio, más extensamente los fallos.

Entre otros el famoso fallo, Cass, req. 21 oct. 1925. Recueil Sirey 1925, 1, 198 y Dalloz 1926, 1, 9, con nota crítica de JOSSERAND, en el cual se obliga al fabricante de un automóvil, que por razón de sus defectos sufrirá un accidente, a resarcir al comprador en la cuantía en que aquel ha sido condenado a indemnizar a las víctimas del mismo.

(94) Expresión que se entiende más sugerente que la fórmula más restrictiva empleada por el Código francés, en su artículo 1.630, en materia de evicción; cfr. HUET-WEILLER, *Vente: garantie des vices cachés*, en Juris-Classeur Civil, fasc. X (1968), n. 230.

(95) LAURENT cita en este sentido dos fallos. En el primero se llega por esa vía a hacer responsable a un maestro armero que vende un fusil que sufre una

sin duda, de la insuficiencia de las soluciones ofrecidas por el Código, para dar respuesta a las necesidades del desarrollo de la actividad comercial y de los progresos de la industria (96), no han tenido inconveniente en arrostrar la explicable incomprensión de la doctrina (97).

Cuando, al fin, la Corte de Casación termina por condenar la interpretación extensiva del artículo 1.646 y entiende que el vendedor que ignora la existencia de vicios de la cosa sólo tiene que restituir el precio y los gastos de la venta, estrictamente entendidos, sin estar obligado a garantizar al comprador las consecuencias dañosas causadas por el defecto (98), se ha producido ese cambio de criterio, porque se han abierto paso otras razones en que fundar la indemnización. Es entonces cuando va a consolidarse en la práctica un modo distinto de justificar la protección del comprador frente al *vendedor profesional*. El vendedor profesional, ya fabrique él mismo los objetos que vende, ya, sin fabricarlos, haga profesión de su reventa, será asimilado al vendedor de mala fe por la jurisprudencia, a fin de aplicarle el artículo 1.645 del Código civil (99).

Sobre el sentido de esta asimilación hemos de volver más adelante. Por ahora nos ha bastado exponer este ejemplo de la evolución del Derecho francés para advertir que, aun cuando la mera presencia de vicios no justifique un deber de indemnización, puede parecerlo en algunos casos, al no haber encontrado aún el cauce conveniente las verdaderas razones que, implícitamente, justificaron la indemnización concedida.

2. El sistema suizo

El Código suizo de las obligaciones sigue un «*sistema amplio*» en la construcción del deber de indemnización por defectos de la cosa.

a) Impone al vendedor un deber objetivo de indemnizar determinados daños; es decir, no basado en la culpa, sino en el hecho de que los vicios de la cosa hayan producido esos daños.

A este sistema se llegaba en el Código de las obligaciones de 14 de

avería lesionando al comprador, Aix 4 enero 1872 (Dalloz, 1873, 2,55). En el segundo la condena al vendedor de una importante partida de patatas averiadas, destinadas a la reventa, alcanza a los perjuicios sufridos por el comprador (revendedor) en su honor comercial, sentencia desestimatoria de 6 de abril 1870 (Dalloz, 187,1,11), *Principes de Droit civil* XXIV (1878), n. 296, p. 291-292. Esta justificación de la solución merece la crítica de LAURENT.

(96) En este sentido, vid. la referencia al Rapport Celice, que trata de precisar los fundamentos jurídicos y las razones de la extensión de la responsabilidad del vendedor de buena fe en BAUMANN, *Op. cit.*, p. 107.

(97) De interpretación indefendible la califica H. MAZEAUD, recordando las críticas de JOSSERAND, RTDC (1955), p. 614.

(98) HUET-WEILLER, *Op. cit.* nn. 232-233.

(99) HUET-WEILLER, *Op. cit.* n. 240.

junio de 1881, por la remisión que hacía su artículo 253, al 241 (hoy art. 195), en el que se regulaba la indemnización en caso de evicción. En el nuevo Código de las Obligaciones de 30 de marzo de 1911, el artículo 208 II, recogiendo esa misma idea, establece que el vendedor, cuando el comprador ejercite la acción redhibitoria (100), «indemniza al comprador el *daño resultante directamente* de la entrega de mercancías defectuosas»: y es posible el ejercicio de la acción redhibitoria, aunque se trate de *defectos* de la cosa (no ausencia de cualidades prometidas) que ignore el vendedor (art. 197). A este deber de indemnizar se añade el de restituir el precio pagado, con intereses, los gastos del proceso, y las impensas que también contempla el mismo párrafo del artículo.

Como puede observarse, la regla de indemnización es, a primera vista, más amplia que la de otros Códigos, en los que la indemnización inherente a la acción redhibitoria se limita a los gastos del contrato. Aún esa amplitud dependerá, en buena medida, de la interpretación que se dé a la expresión legal «daño resultante *directamente* de la entrega de mercancías defectuosas» (101). Su te-

(100) El comprador puede elegir entre la resolución de la venta, ejercitando la acción redhibitoria o pedir, a través de la acción de reducción de precio, una indemnización por el menor valor. El juez tiene ciertas facultades para limitarse a conceder la reducción del precio, a pesar de que el comprador haya intentado la acción redhibitoria si estima que la resolución no está justificada por las circunstancias (cfr. art. 205).

Tratándose de la venta de una cantidad determinada de cosas fungibles, el comprador, en lugar de la resolución o la reducción del precio, puede pedir la sustitución de aquellas cosas que no sean de recibo, por otras del mismo género (art. 206).

(101) Se han utilizado diferentes criterios para determinar los daños directos o inmediatos: el de la intensidad de la dependencia causal; el del carácter positivo o negativo del interés; el del *lucrum cessans* o *damnum emergens*, cfr. HANS GIGER, en *Berner Kommentar*, VI, 2,1,1 (1979), art. 195, nn. 26-34, pp. 284-287 y art. 208, nn. 32 ss., p. 571.

La doctrina suiza actual [cfr. STANISLAS, *Le Droit de resolution dans le contrat de vente: Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de Droit Suisse*, Ginebra, 1979, p. 138], así como la jurisprudencia del Tribunal Federal suele utilizar como criterio de diferenciación entre el daño directo e indirecto el de la naturaleza del interés (interés positivo e interés negativo) de cuya indemnización se trate. «Por reparación del daño directo, se entiende la reparación del interés negativo... y por reparación del daño indirecto, la reparación del interés positivo».

Otros autores, de modo más concreto, acuden a criterios de causalidad para la determinación de estos conceptos. En este sentido se pronuncia AMAUDRUZ, «La expresión *daño resultante ... de la entrega de mercancías defectuosas*, evoca la idea de que el comprador puede reclamar una indemnización a título de reparación de un perjuicio que según el curso normal de la vida, se hubiera ahorrado si la cosa hubiera estado exenta de vicios. El artículo 208 - 2 CO, establece, sin embargo, una limitación al no tomar en consideración más que el perjuicio directo, es decir, según nuestro criterio, únicamente las pérdidas que experimente el comprador al encontrarse en una situación que no le permite realizar el propósito inmediato en consideración al cual ha sido comprada la cosa ¿Cuál es este propósito inmediato? El de poder utilizar una cosa conforme a su destino habitual o convenido. En otros términos, el daño resultante directamente de la entrega de cosas defectuosas es tan sólo, a nuestro parecer, el daño que sufre el comprador

nor literal no parece suficientemente preciso, y puede dar cabida a una interpretación bastante amplia, como se nota en algunos fallos de los tribunales. Mas conviene advertir que el Código suizo de las obligaciones, aunque haya concebido esta indemnización con bastante mayor amplitud que otros códigos, diferencia entre este caso, en que no es imputable culpa al vendedor, y aquellos otros en que le sea imputable; entonces los daños indemnizables son aún más extensos. En breve volveremos sobre este aspecto.

En la determinación de qué se entiende por «daño resultante directamente de la entrega de mercancías defectuosas» los tribunales suizos han sido bastante generosos, señalando tan sólo como límite el del lucro cesante (102). Y aun respecto a éste se han establecido matices, admitiendo la posibilidad de que en algunos casos el lucro cesante pueda constituir un daño directo (103).

no pudiendo utilizar la mercancía conforme a su destino normal o previsto; en cambio, un daño es indirecto cuando se ha producido por la utilización o el consumo de la mercancía. (AMAUDRUZ, Michel, *La garantie des défauts de la chose vendue et la non conformité de la chose vendue, dans le vente internationale des objets mobiliers corporels. Etude de Droit Comparé*, Berna, 1968, pp. 154-155).

A la construcción de AMAUDRUZ se ha objetado cómo, en caso de compra de un producto alimenticio envenenado no podría considerarse daño directo el envenenamiento que al consumirlo sufre el comprador (STANISLAS, *op. cit.*, p. 138).

Por su parte STANISLAS, manteniéndose en esa misma línea de determinación de la relación directa de causalidad, prefiere ofrecer unos criterios formales para concretar esa relación, sin limitar de antemano cuáles puedan ser los daños producidos en esa causación directa. Para él, lo que ante todo importa es «la intensidad del vínculo de causalidad», de dónde resulta ser daño directo «el daño causado exclusivamente por el defecto y su utilización normal por el comprador sin el concurso de otros factores o acontecimientos»; e indirecto «el causado por el acto inculminado pero combinado con otros acontecimientos». Por ejemplo, sería daño directo la fractura de una pierna a consecuencia del accidente tenido por el comprador con el automóvil defectuoso, e indirecto la posterior posible fractura de la otra pierna que el mismo pueda sufrir en el hospital intentando caminar (STANISLAS, *op. cit.*, p. 139). Este criterio, sin embargo, no le conduce a la indemnización del salario perdido por el comprador accidentado, cosa que estima poco justa e intenta corregir (STANISLAS, *op. cit.*, p. 144).

Por su parte, GIGER, prefiere utilizar como criterio de diferenciación el del «lucrum cessans» y «damnum emergens». Son daños directos los que correspondan al concepto de «damnum emergens»; esos son indemnizables y llegan a comprender los daños agrupados bajo la categoría de *Mangelfolgeschaden* (daños que como consecuencia de los defectos de la cosa y debido a que el comprador confiaba que estaba exenta de ellos se producen en otros bienes del mismo. Cfr. LARENZ, *Schuldrecht* II (1968), p. 51) en *Berner Kommentar*, art. 208, n. 35.

Por fin, también existen autores que insatisfechos con los resultados poco equitativos a que conducen los diferentes criterios de distinción entre el daño directo e indirecto, han preferido encomendar al juez la tarea de resolver, según la buena fe y equidad, los casos concretos (STANISLAS, *op. cit.*, p. 138-139).

(102) Cfr. H. BECKER, en *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, VI, *Obligationenrecht*, II, *Die einzelne Vertragsverhältnisse*, art. 208, Berna (1904), p. 100-101.

(103) A. SCHNEIDER, H. FICK, «*Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911*», Neuchâtel, 1915, vol. I, p. 370-371. Estos autores nos recuerdan el caso del fabricante de cerveza que a consecuencia de la mala calidad de la malta recibida no pudo suministrar cerveza a su clientela durante un mes.

b) Pero el Código suizo de las obligaciones, tal como acabamos de señalar, prevé un supuesto de indemnización más amplia, de efectos complementarios, para aquellos casos en que pueda imputarse *culpa* al vendedor. «El vendedor está obligado a indemnizar también al comprador de todo otro daño, si no prueba que no le es imputable ninguna culpa» (art. 208, III) (versión francesa). Notemos la mayor amplitud de la indemnización, concebida como complementaria de la anterior que, por su carácter objetivo, funciona como mínimo. Las expresiones que emplea el Código («*tout autre dommage*», «*weitern Schaden*»), permiten además construir generosamente el ámbito de daños indemnizables. Lo cual es de destacar, como otra manifestación del acusado sentido protector del comprador.

Contribuye también a la protección del comprador el hecho de que se haya invertido la carga de la prueba, y toque al vendedor demostrar que no le es imputable ningún tipo de culpa para poder exonerarse de este incremento de responsabilidad. Inversión de la carga de la prueba que por otra parte tiene paralelismo con la que, con carácter general, señala el artículo 97 en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación.

Lo que no se indica es el tipo de culpa correspondiente al artículo 208, III. La expresión legal («*aucune faute*», «*Keinerlei Verschulden*») parece bastante amplia, hasta el extremo de permitir entender que se exige una diligencia extrema en el vendedor. Pero quizá deba interpretarse, según la pauta del artículo 99 del propio Código, atendiendo a la naturaleza particular del caso.

Por fin, en cuanto a la duración de la acción para exigir la responsabilidad se fija tanto en este supuesto como en el anterior un único *plazo* de prescripción, un año a partir de la entrega, sin tomar en cuenta la circunstancia de que los defectos se descubran después. Plazo que puede ser prolongado mediante pacto de las partes (art. 210, I). No se prevé plazo, en cambio, para oponer excepciones derivadas de defectos subsistentes de la cosa, siempre que se haya dado aviso de los mismos al vendedor dentro del año siguiente a la entrega (cfr. art. 210, II, en rel. con 201). Tratándose de inmuebles la acción de garantía prescribe a los cinco años a partir de la transmisión de la propiedad (art. 219, III).

c) En el supuesto anterior se sanciona la culpa imputable al vendedor. Pero además el Código prevé y sanciona de modo especial ciertos comportamientos netamente dolosos del vendedor. Es decir, junto a la sanción genérica de la culpa, que abarca también al dolo se prevén unas consecuencias particulares para el dolo. Dolo que el Código hace consistir aquí en que el vendedor disimule fraudulentamente al comprador los vicios de la cosa, o en términos más amplios, que intencionalmente le induzca a error (cfr. arts. 198, 199, 203, 210 III).

Esta sanción especial del dolo consiste en excluir la limitación

convencional (art. 199) o legal (propia de la venta de animales) (cfr. art. 198) de la garantía, y en impedir la oponibilidad de las excepciones de falta de preaviso tempestivo (cfr. art. 203, en rel. con 201) o prescripción anual (cfr. art. 210 III) por el vendedor.

d) El art. 208 CO. sólo prevé indemnización de daños al comprador, en los casos en que éste pida la resolución del contrato, ejercitando la acción redhibitoria. Más allá de esta previsión legal, la doctrina ha planteado una doble cuestión: 1. En los casos en que el comprador del objeto defectuoso no quiera o no pueda (cfr. art. 205-2 CO) obtener la resolución, ¿cabrá la indemnización? 2. ¿Esa indemnización, se fundará en un sistema de responsabilidad objetiva, como el previsto en el artículo 208, o seguirá el sistema general de responsabilidad contractual, basado en la presunción de culpa (cfr. art. 97 CO)?

En general la doctrina y jurisprudencia suizas han dado respuesta afirmativa a la primera cuestión, pero, en cuanto a la segunda, no se han puesto de acuerdo sobre el sistema de responsabilidad. Para un amplio grupo de autores, se debe aplicar en esos casos un sistema de responsabilidad objetiva, semejante al previsto, caso de resolución, en el artículo 208 CO. Piensan los que esto sostiene que, habida cuenta de que se trata de una laguna legal, de otro modo se llegaría a una solución injusta. Frente a este criterio, un grupo menos numeroso de autores y el propio Tribunal Federal mantienen la posición contraria; esto es, aplicar el sistema general de responsabilidad. Para justificarlo se utilizan diversas razones. Así: el carácter excepcional del sistema de responsabilidad seguido por el artículo 208 CO que impide su extensión. La existencia de motivos especiales que pueden justificar, en caso de resolución (redhibitoria), un sistema de responsabilidad más grave. En este sentido, el Tribunal Federal considera, «que los defectos que conducen a la resolución constituyen, precisamente, el caso más grave de entrega defectuosa y que resulta equitativo, en un caso semejante, poner a cargo del vendedor, sin consideración a su falta y sin posibilidad de disculpa, la reparación del daño directo que de éste resulta». Por fin, otro argumento más dogmático: entendiéndose que en el artículo 208, 2 y 3 se prevé, tan sólo, la indemnización del interés negativo, porque habiendo resolución del contrato no cabe indemnizar el interés positivo (que es interés en el cumplimiento), se estima que la extensión de ese sistema a los casos en que se mantiene el contrato, en los que cabría indemnizar el interés positivo, conduce a una contradicción inadmisibles (104).

(104) Cfr. STANISLAS, *Resolution*, pp. 149-154.

Consideraciones críticas sobre el mismo

Para concluir esta exposición sobre el sistema suizo haremos unas consideraciones críticas sobre el mismo.

Se ha dicho, para justificarlo: «Es equitativo que quien vende una cosa afectada de defectos, responda incluso en ausencia de culpa, de los gastos que el comprador ha efectuado por el hecho de entregarla defectuosa. La eficacia de la garantía quedaría en gran medida comprometida si se subordinara la responsabilidad del vendedor a su propia falta. El vendedor *debe saber lo que vende* y es justo y lógico que indemnice al comprador del daño que resulte directamente de la entrega de mercancías defectuosa» (105).

La mayor crítica que puede dirigirse a esta afirmación es su propia contradicción interna. Se está tratando de justificar una responsabilidad sin culpa, con argumentos, como el de que el vendedor debe saber lo que vende, que denotan cierto grado de culpabilidad en él. Es en cierto modo lógico que cuando el vendedor deba saber lo que vende, responda por su falta de diligencia en el conocer. Mas no parece exacto que, en términos generales, tenga que desplegar esa diligencia todo vendedor porque en muchos casos supondría una carga excesivamente onerosa.

Sin embargo, es posible que no sea ese el verdadero alcance de la opinión anterior, sino que, al decir que el vendedor debe saber lo que vende, más que un deber de diligencia se haya querido señalar un hecho, una probabilidad. Esa probabilidad del conocimiento del vendedor podría ser el criterio tenido en cuenta por el legislador para organizar, en base a lo que normalmente acontece, el sistema de reparto de los riesgos que acompañan a la entrega de un objeto defectuoso. Algo parecido a lo que movió en Roma a los ediles a conceder, al margen de la culpa del vendedor, las acciones redhibitorias y *quanti minoris*. De modo que, en esta hipótesis, el artículo 208-2 CO., partiendo de que normalmente el vendedor conoce los defectos de la cosa, de las dificultades que presenta, en la mayoría de los casos, demostrar ese conocimiento y, quizá, queriendo evitar en lo posible que se susciten contiendas judiciales, habría considerado preferible formular un sistema objetivo, en el que los efectos se producen cuando acaecen determinados hechos. Ahora bien, frente a semejante interpretación del sistema, conviene hacer alguna observación. Que el vendedor si existen vicios, quede sometido al saneamiento, a través de la acción redhibitoria o *quanti minoris*, al margen de su culpabilidad, es algo útil para la protección del comprador y que, ante lo tasado del efecto, no resulta desproporcionadamente onerosos para el vendedor. Pero que el vendedor responda de los daños directamente producidos por la cosa vendida, sin posible exoneración, es algo que, a primera vista, parece excesivo y desproporcionado,

(105) STANISLAS, *Resolution*, p. 140. En el mismo sentido el Tribunal Federal («BGE» 79, II, 380). Cfr. GIGER, *op. cit.*, art. 208, n. 38.

máxime habida cuenta de la amplitud con que se han entendido a veces en el sistema suizo esos daños directos. Ese carácter desproporcionado aparece patente, al menos, en la medida que intente presentarse como justificación, la probabilidad fáctica de que el vendedor conociera los defectos de la cosa. Porque no todo vendedor los conoce, semejante modo de explicar el sistema tendría por base una injusta equiparación de justos y pecadores.

Quizá sea más bien en otro plano en donde hayamos de intentar buscar la justificación del sistema suizo y desde el que debemos dirigirnos a él para someterlo a crítica. El tanto de responsabilidad que el artículo 208-2 CO hace recaer sobre el vendedor, posiblemente signifique, más que una sanción al vendedor un modo de practicar un reparto social de determinados riesgos derivados de la adquisición de un objeto defectuoso. E inmediatamente, de entender así el sistema, surge la pregunta: ¿Se ha tomado en cuenta, al organizar ese sistema de reparto social del riesgo, la circunstancia de que existen diversos tipos de vendedores?

La primera diferenciación que se ha de establecer, es entre el vendedor profesional y el ocasional. La solución que demos para la responsabilidad de uno no parece que deba ser igual a la del otro. El vendedor ocasional que actúe de buena fe y con la diligencia debida no debiera responder en la misma medida que un vendedor profesional. No tanto, en este caso, por razón de la pericia exigible al vendedor profesional, ya que esa pericia exigible nos conduce a una responsabilidad basada en la culpa, sino porque el vendedor profesional está en mejores condiciones que el vendedor ocasional de lograr una nueva redistribución de esos riesgos a través del seguro. Esa diferenciación entre el vendedor profesional y el ocasional, es cierto, no está directamente formulada en el artículo 208 del Código suizo de las Obligaciones, pero con todas las reservas que aconseja hacer el que para nosotros sea un sistema ajeno, parece advertirse en una comparación entre los tres párrafos de este artículo. Es curioso notar que sólo el segundo, que es el que precisamente trata de la responsabilidad objetiva por daños del objeto, hable de *mercancías* defectuosas, y no de la cosa, como hace el primero, al tratar de la resolución subsiguiente al ejercicio de la acción redhibitoria. Quizá, nos limitamos a apuntarlo, el término *mercancía* permita entender que en ese caso se está construyendo una responsabilidad objetiva con la vista puesta en las ventas realizadas por profesionales. No obstante existen autores que no establecen diferencia entre vendedores, llegando incluso a decir que si la solución del 208-2 CO se justifica en el marco de las ventas entre particulares, aparece totalmente chocante en el ámbito de la responsabilidad por los productos (106).

De otro lado, al margen de cuál sea la interpretación que deba

darse al artículo 208 CO. en cuanto a la responsabilidad del vendedor no profesional y centrándonos, tan sólo, en cómo funciona la responsabilidad de los profesionales que intervienen en los procesos de producción y distribución del producto defectuoso, de nuevo se muestra el sistema suizo poco equitativo.

Lo chocante no es que en la vía contractual responda el detallista del defecto del producto, y no el fabricante, que es precisamente quien lo puso en circulación. Esto, al fin y al cabo, es una consecuencia de un modo imperante de construir las relaciones obligacionales. Lo chocante es más bien que se haya intentado proteger al comprador de un producto defectuoso por la vía de intensificar la responsabilidad del vendedor (el detallista) dejando de rechazo, al fabricante del producto defectuoso en una posición mucho más ventajosa. Posición más ventajosa que resulta de la conjunción de una doble circunstancia: 1.^a En la vía extracontractual no se le ofrecen al comprador que intente dirigirse contra el fabricante las mismas ventajas (responsabilidad objetiva) que el artículo 208-2 CO le da al dirigirse contra su vendedor 2.^a A su vez el detallista que intente cobrar del fabricante la indemnización que pagó al cliente encontrará dificultades (incluso si ha mediado compraventa) para utilizar la vía del 208-2 (107).

LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL QUE DELIMITAN EL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Los artículos 1.486 II, 1.487, 1.488 II, C. c., disponen, en diferentes situaciones de la cosa, que el vendedor indemnice daños y perjuicios al comprador. Ocurre así, tanto si la cosa no se ha perdido (art. 1.486 II), o se pierde por efecto de los vicios ocultos (art. 1.487), o por caso fortuito, o por culpa del comprador (artículo 1.488). El efecto en todos estos casos es el mismo; pero esa equiparación del efecto no va acompañada de una idéntica descripción del supuesto. Mientras el artículo 1.488 conecta la responsabilidad, en modo expreso, al hecho de que «el vendedor obró de mala fe», los otros dos se refieren a un vendedor que conoce los vicios o defectos ocultos de la cosa y no los ha manifestado al comprador. Estos diversos modos de expresión no impiden, ciertamente, entender que se está pensando en un único supuesto de hecho, pero no dejan de suscitar la duda de si, con las expresiones empleadas, se han intentado establecer algunas diferencias de matiz.

La distinta terminología empleada por el artículo 1.488 (mala fe) y los artículos 1.486, 1.487, se explica en los antecedentes próximos, en el momento de la codificación. No existe entonces un propósito de romper, al adoptarla, la unidad del supuesto de hecho.

El artículo 1.488 del Código se relaciona con el 1.410 del P. 1.851, cuya redacción reproduce literalmente. Los redactores del Proyecto, según refiere GARCÍA GOYENA, no encontraban justo que, en los casos en que la pérdida de la cosa sobreviene por caso fortuito, fuera ésta de cuenta del comprador, como previó el Código francés y los en él concordantes. El vendedor quedaba así, en esos casos, libre de toda responsabilidad. Y esa injusticia, se pensó, existe no sólo en los casos en que la pérdida se debe a caso fortuito, sino, incluso, cuando proviene de culpa del comprador. «Si parece contra la equidad —sostenía GARCÍA GOYENA— que el vendedor se aproveche de la falta del comprador para enriquecerse, ¿no lo será más que se aproveche de un accidente inculpable? ¿Y no será una manifiesta iniquidad que se aproveche un vendedor de mala fe?» (108). Por eso la Comisión abandona el modelo francés y redacta el artículo 1.410 del Proyecto siguiendo un criterio que encuentra más justo y más en consonancia con algunos textos romanos (109).

El hecho de que el artículo 1.410 del Proyecto no se inspirara directamente en el Código francés, sino en los criterios de la Comisión, explica, a propósito de la indemnización de daños e intereses que en su segundo párrafo prevé, el cambio terminológico introducido en el mismo, en relación con los dos que le preceden («Si el vendedor obró de mala fe»). Pero es claro que el propósito de sus redactores no ha sido construir un supuesto de responsabilidad diferente, como del mismo modo parece ocurrir en los artículos 1.486 II, 1.487 y 1.488 II C. c.

De otro lado, no parece justificable tampoco en razones sustantivas, construir sobre supuestos de hechos diferentes la responsabilidad del vendedor (de mala fe), según que la cosa no se pierda o se haya perdido por efecto de los vicios, por caso fortuito, o por culpa del comprador.

Las diferencias entre el artículo 1.488 y los dos que le preceden no deben buscarse en el grado de culpabilidad del vendedor, sino más bien en los daños que puedan imputársele en atención a las circunstancias, que inciden en la relación de causalidad. Si la cosa perezca por efecto de los vicios, está justificado (porque existe relación de causalidad suficiente) imputar al vendedor (aparte de otros posibles daños) el daño experimentado en esa pérdida, cifrable en el valor que la cosa tenía en el momento de perderse. Si pereciera por causa distinta (caso fortuito o culpa del comprador) no estará justificada, por la misma razón, tal imputación. Mas lo único que se excluye en este caso, por falta de relación de causalidad, es esa indemnización del daño experimentado por la pérdida de la cosa. No así la de otros posibles daños relacionados con sus defectos. Por ejemplo, el menor valor de la cosa por efecto del vicio, tomado

(108) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.410, Madrid, 1852, III, p. 401.

(109) Se inspira, según el propio GARCÍA GOYENA, en D. 21,1,31,11 y D. 21,1,25, «a pesar de la duda o contrariedad que presenta», D. 21,1,47 fin. y D. 21,1,48 princ.

como daño indemnizable; los perjuicios experimentados por el comprador antes de su pérdida (derivados de la imposibilidad de utilizarla); los daños sufridos en otros bienes patrimoniales (infección de otros animales), etc.

Que la pérdida de la cosa se deba a negligencia del comprador o, incluso, sea causada intencionadamente (porque le resulte inútil), no es razón para atenuar la responsabilidad del vendedor en relación con los daños que puedan serle imputados.

No puede pensarse que, porque el comprador destruya intencionadamente la cosa, cometa dolo, que pueda compensarse con el del vendedor. No ocurre así porque actúa sobre algo que le pertenece y no puede ser tratado como un simple poseedor de buena fe (cfr. art. 457). No se excluye con ello un posible dolo del comprador en la destrucción de la cosa, que pudiera compensarse con el del vendedor, pero tal dolo no resulta de la mera destrucción intencionada, sino de otras circunstancias que pudiesen acompañarla.

INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

La doctrina española (110) no se ha ocupado con detenimiento y profundidad del supuesto de responsabilidad del artículo 1.486 II, etc., ni de sus posibles ramificaciones. Es frecuente que, al referirse al mismo, los autores se limiten a destacar tan sólo que el vendedor conocía los defectos de la cosa y no los manifestó al comprador; o bien, la mala fe e incluso el dolo que revista su actuación, sin detenerse en mayores precisiones sobre estos conceptos. Una mayor profundización se encuentra en sectores concretos en los que se cuestiona la responsabilidad de un tipo de vendedor (por ejemplo, fabricante, constructor, promotor...). Pero ahí se advierte el vacío que existe en el estudio de las cuestiones generales.

Entre nuestros autores se perfilan dos modos diferentes de entender la responsabilidad del vendedor, por un lado, hay quienes parecen darnos a entender (de un modo más o menos explícito) que estamos ante una responsabilidad surgida del dolo, en su sentido más estricto, que, como tal, merece las máximas sanciones. Mas también hay autores que en sus consideraciones sobre el artículo 1.486 II, han puesto de manifiesto un modo diferente de

(110) ALBADALEJO, *Derecho civil*, II-2 (1972), 30; BADENES GASSET, *Compraventa*, I (1979), 703-704; BERCOVITZ, *ADC* (1969), 832, nota 110; CASTÁN, *Derecho Civil*, IV (1977), 130; COSSÍO, *Instituciones*, I (1975), 366; Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, 709; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, II (1979), 338; ESPÍN, *Manual*, III (1970), 493; FERRANDIS, en *Enneccerus-Lehmann. Derecho de Obligaciones*, II-1 (1966), 99, 101; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albadalejo*, XIX (1980), 351; LACRUZ, *Elementos*, II-3 (1979), 45-46; MANRESA, *Comentarios*, X (1931), 217; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXIII (1906), 622-623; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus-Lehmann, D. de Obligaciones*, II (1935), 76; ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), 289.

entender el supuesto de responsabilidad, que sirve ensanchar en alguna medida, sus contornos. Insistiremos aún más en ello.

1. En la orientación más estricta parece encajar la opinión de MANRESA: «Si el vendedor conocía los defectos y no los manifestó al comprador —afirma este autor—, se puede decir que procedió con verdadero dolo... que añade, sin duda, un aspecto más a la cuestión de la responsabilidad del vendedor», surgida de la mera existencia del vicio oculto; dolo que, por su gravedad, da lugar a una indemnización en la medida del párrafo 2.º del artículo 1.107 (111).

De modo semejante parece opinar BADENES GASSET, pues, aunque conciba la indemnización prevista en el artículo 1486 II como consecuencia de la mala fe del vendedor, lo cual podría hacernos pensar que no intenta limitarla al dolo en sentido estricto, más tarde considera sancionable esa mala fe con los efectos indemnizatorios del párrafo 2.º del artículo 1.107, reservados, como sabemos, al dolo en sentido estricto. Sin embargo, a decir verdad, la referencia a este precepto, no es suficiente, pues, en definitiva, todo dependerá de cómo lo interprete (112).

También DÍEZ PICAZO entiende así la mala fe del vendedor en el artículo 1.488: «La mala fe, equivalente del dolo, consiste —nos dice— en el pleno conocimiento del carácter vicioso de la cosa vendida y entregada, y en la voluntad, no obstante, de ejecutar el contrato engañosamente» (113).

2. En la otra dirección MUCIUS SCAEVOLA, inspirándose en POTHIER, añade a los casos en que «el vendedor conocía (al celebrarse el contrato, naturalmente) los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, o sea, cuando procedió de mala fe», otros casos en los que la responsabilidad se imputa por razón de la presunción del dolo. Esto ocurre: «Primero, cuando el vendedor ha debido conocer el vicio de la cosa por razón de su profesión; segundo, cuando hay motivo para sospechar que le conocía». Estas presunciones de dolo no se conciben, sin embargo, como *praesuntio iuris*, lo cual limita enormemente su alcance; alcance que, por cierto, no conduce a la manera histórica de entender la responsabilidad del profesional. La referencia a ellas, en verdad, no sirve tanto para ensanchar el supuesto de responsabilidad, cuanto para facilitar su prueba a través de indicios y deducciones del juzgador. «Sobre cuándo y cómo se podrá asentar la presunción de dolo —agrega—, es indispensable atenderse a las circunstancias particulares de cada caso» (114).

Años más tarde, ANGEL ROJO, intentará sacar partido de la idea de MUCIUS SCAEVOLA para ofrecer, dentro de nuestro Código, posibilidades a la responsabilidad del fabricante vendedor (115).

(111) MANRESA, *op. cit.*, 217.

(112) BADENES GASSET, *op. cit.*, 703-704.

(113) DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, I, 709.

(114) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, 622-623.

(115) ROJO, *op. cit.*, 289.

También GARCÍA CANTERO extrae consecuencias del artículo 1.486 en un sentido paralelo: «El artículo 1.486 —afirma— contempla en su segundo párrafo la hipótesis de mala fe por parte del vendedor, estableciendo una responsabilidad agravada... Pero esta responsabilidad no es objetiva, por el mero hecho del vicio o defecto, sino que está ligada a la conducta desplegada por el vendedor... La existencia de vicios y defectos ocultos no implica por sí sola que el vendedor incurra en culpa. Su proceder será culpable si por su profesión u oficio debió conocer la existencia de aquél; también lo será si los conoció de hecho y no los manifestó debidamente al comprador; esta actitud puede, además, calificarse de dolosa, si a través de la ocultación o alardeando de las excelentes cualidades de la cosa, obtuvo un precio superior al normal» (116).

Igualmente podemos situar a BERCOVITZ en esta dirección (117)..

EL SIGNIFICADO DE MALA FE DEL VENDEDOR EN EL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

El supuesto de responsabilidad por defectos de la cosa, construido, como es preciso hacer, de un modo unitario, se basa en la mala fe del vendedor (art. 1.488). ¿Qué significa aquí la mala fe? ¿Qué relación guarda con el dolo?

La mala fe es un concepto equívoco. Puede ser entendido como un estado psicológico de un sujeto, caracterizado por el conocimiento de la verdadera situación, jurídica o fáctica, que permite le sea imputable la objetiva antijuridicidad de su conducta, con la consiguiente sanción o la privación de las ventajas que su ignorancia hubiera podido determinar. En un sentido más amplio (que, por cierto, no excluye al anterior, aunque se diferencia de él), la buena fe es un criterio o regla de rectitud en la conducta de las personas, y, por efecto reflejo, un calificativo para designar a las conductas que se acomodan a ese criterio (conducta de buena fe).

La mala fe del vendedor relacionada con los vicios hay que conectarla con el segundo significado. El supuesto de responsabilidad, tal como queda históricamente configurado, traspasa los límites del dolo en sentido estricto y toma en cuenta la omisión de determinados deberes mínimos de conducta exigibles al vendedor en las circunstancias en que se celebra el contrato. La mala fe podría aquí ser equiparada al dolo sólo si concebimos a éste, en un sentido amplio, como criterio de imputación de responsabilidad basado en la infracción de esos deberes mínimos de rectitud y diligencia que en cada circunstancia pueden exigirse a la conducta de las personas (118). Sin duda, esto se comprenderá.

(116) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, 351.

(117) BERCOVITZ, *op. cit.*, 832.

(118) POTHIER utiliza «buena fe» como contraria a dolo y culpa lata, en: *Obligations*, n. 142.

mejor teniendo a la vista los casos concretos en que debe responder el vendedor, de ello que nos vamos a ocupar en la parte final de este trabajo.

Entendida así la mala fe del vendedor se conecta (119) con la llamada «*culpa in contrahendo*» o responsabilidad precontractual (120), a través de la cual se ha generalizado la exigencia de que «las partes, en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe» (121) y se ha canalizado una respuesta jurídica a su violación.

La indudable utilidad de esta categoría puede estar ahí: en habernos destacado esa doble exigencia. Pero su empleo también encierra peligros, siempre que se olvide que «las hipótesis que se agrupan bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen en algún modo un tratamiento diferente» (122), o se pierda de vista que las aportaciones dogmáticas más significativas en torno a la responsabilidad precontractual han surgido pensando en otros ordenamientos diferentes, adaptadas a las peculiaridades de los mismos (123).

El peligro para nosotros puede estar en intentar construir sobre

(119) Así, PÉREZ y ALGUER en sus anotaciones a la traducción de ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, I (1933), 2.º, 28, sobre la base de la conexión que en el texto anotado se destaca del § 463 BGB con la figura de la «*culpa in contrahendo*». También ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, RCDI (1971), 908. En cuanto a la conducta del arrendador con respecto a los defectos de la cosa arrendada, también se apunta por BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, *La obligación de sanear en el arrendamiento*, RDP (1964), 379.

El artículo 1.486, II, ha de servir de apoyo a PÉREZ y ALGUER para la construcción de un principio general. *Op. y loc. cit.*

(120) El origen de la construcción de la figura de la «*culpa in contrahendo*» se encuentra en JHERING y constituye un meritorio intento de justificar la indemnización de los perjuicios que puede sufrir un contratante, causados por el comportamiento negligente del contrario en la fase de formación del contrato. Con la invocación de la «*culpa in contrahendo*» JHERING tratará de justificar en esos casos una construcción de la responsabilidad, no limitada a la consideración de la pura «*culpa in faciendo*» por contravención de deberes negativos, más propia del ámbito extracontractual, sino comprendiendo la «*culpa in non faciendo*», por infracción de deberes positivos de diligencia impuestos por la buena fe. Esta responsabilidad es, además, por él concebida como responsabilidad contractual, incluso en los casos en que por efecto de la actuación dolosa de un contratante (por ej., inexistencia de la cosa) se hubiera celebrado un contrato afectado de nulidad. La nulidad del contrato no implica ausencia de toda eficacia. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, en JHERING J. B. (1861), 1 ss.

(121) Art. 1.337 C. c. italiano, que sanciona con carácter general esta exigencia, lo cual es poco frecuente en la codificación. En este sentido, FISSERSCHMIDT, *Schuldrecht Allg. Teil*, 1 (1975), 41, destaca cómo el BGB limita los deberes de carácter obligacional a los encuadrables en una relación de prestación válida; concepción superada por la práctica y la doctrina que admite la existencia de deberes anteriores a la conclusión del contrato.

(122) Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 191.

(123) Por ejemplo, considerar que pueda ser una exigencia de la responsabilidad por «*culpa in contrahendo*», la limitación de la indemnización al interés negativo. Cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 192.

nuestro Código civil, por transferencia dogmática, una regla de responsabilidad especial, distinta de la general fundada en la «culpa in contrahendo» o (si se quiere, como nuestro Código no maneja esta categoría dogmática) en las reglas generales de responsabilidad por incumplimiento; pues cuando la insatisfacción del interés del acreedor por las anomalías cualitativas de la cosa (vicios) sea imputable al vendedor estamos ante un supuesto que, funcionalmente, se puede aproximar al incumplimiento y hasta merecer los mismos efectos (124). Una construcción así de la regla especial puede ser peligrosa, si de ella se pretende extraer la exclusión de la regla general. Sería algo chocante con el sentido histórico de la indemnización por dolo (125), cuando hay vicios ocultos, con la voluntad de nuestro legislador (126) y con las exigencias de la buena fe.

Una construcción así es un peligro real, por influjo dogmático, como nos pone de manifiesto el estudio de la dogmática alemana. Las concepciones restrictivas de los redactores del BGB, que consideraban suficiente respuesta a la negligencia del vendedor (no estrictamente doloso) las acciones edilicias (127), puestas en práctica a través de la regla «lex specialis derogat legi generali», han creado para el supuesto de los vicios una regla de responsabilidad bastante estricta, obstáculo para la aplicación de las reglas generales (128). Y, entre nosotros, hay autores que parecen haberse hecho eco de esta construcción (129), que hoy, en la propia Alemania, está sometida a una profunda revisión.

(124) Es curioso observar la terminología empleada por el BGB en el párrafo 463, correspondiente a la venta específica: *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* (indemnización por incumplimiento). Sobre ello vid. MEDICUS, *Vertragliche und deliktische ersatzansprüche für Schaden aus Sachmängeln*, en *Tübinger Festschrift für E. KERN* (1978), p. 319.

(125) Anterior a las propias acciones edilicias y siempre distinta de ellas, vid. MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, ADC (1980), p. 595, 612 ss.

(126) En la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1.408, P. 51 (correspondiente al 1.486 C. c.) GARCÍA GOYENA remite a los artículos 1.011 ss. (correspondientes al 1.101 ss. C. c.), *Concordancias*, III (1852), página 399.

(127) ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, bT. 1 (1977), pp. 71, 72.

(128) Vid. Heide SCHAUMBURG, *Sachmängelgewährleistung und vorvertragliches Verschulden* (§ 463 BGB und culpa in contrahendo) (1974), pp. 10 ss.

(129) Ya PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, en relación con las consecuencias del que llaman «incumplimiento de un aspecto de las obligaciones del vendedor», muestran inclinación por la aplicación de la regla, «lex specialis derogat legi generali» y cierta extrañeza por la solución contraria sostenida por el TS en s. 19 abril 1928. Y entienden que la prescripción del artículo 1.490 no se limita a las acciones edilicias (las únicas que, propiamente, *emanan* de lo dispuesto en los artículos anteriores), sino que comprende a la acción de indemnización basada en e. dolo, notas a ENNECERUS-LEHMAN, *Tratado de Derecho civil*, II. 2.º, *Derecho de obligaciones* (1935), pp. 76, 77.

Más tarde, en el mismo lugar, sostendrá FERRÁNDIZ: «También hay un innegable parecido entre el dolo, maquinación insidiosa de un contratante para inducir al otro a celebrar un contrato (cfr. art. 1.269) y la ocultación o silen-

La nueva orientación doctrinal que intenta abrirse paso en Alemania se sustenta en una nueva moral del tráfico más sensible, más refinada («verfeinerte Verkehrsmoral») desde la cual se intentan enjuiciar, de forma globalizada, los problemas del Derecho de la contratación: superando la parcelación por sectores, minimizadora de las exigencias éticas. Considerando a las reglas especiales de responsabilidad no tanto como una reglamentación aislada y excluyente, sino más bien como un complemento de la regulación general (130). En este intento son de destacar las aportaciones de v. CANARIS (131), THIELE (132) y del propio MEDICUS (133).

EL DEBER DE INFORMAR

De los deberes de conducta que impone a las partes la buena fe en el desenvolvimiento de los tratos preliminares, éste de informar, que se refiere a la parte vendedora, es especialmente significativo y merece algunas consideraciones. Puede decirse que en la venta específica, en la que el vendedor no está «obligado» a entregar una cosa libre de defectos, es la base dogmática para la construcción de la responsabilidad del vendedor (134). Supone que éste en determinada medida, tiene que ofrecer al comprador información veraz en torno a la cosa de que se trate. Lo cual encierra dos aspectos: uno positivo, el de transmitir la información exigible y otro negativo, el de abstenerse, en términos absolutos, de dar información errónea al comprador.

Sin embargo, el deber de informar sobre el estado de la cosa no siempre se invoca con el mismo significado jurídico, lo cual debe previamente advertirse para evitar equívocos. En este sentido una primera manifestación del mismo aparece en la fundamentación de las acciones que los ediles conceden en su edicto. «Aiunt Aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emtores...» (135).

ciamiento de vicios de la cosa por parte del vendedor que los conoce (supuesto del artículo 1.486, ap. 2). Pero como quiera que esta hipótesis ha sido expresamente incorporada a la regulación del saneamiento por vicios o defectos ocultos y sancionada con una agravación de la responsabilidad del vendedor en los términos ya descritos habrá de ser considerada como un supuesto de actuación dolosa sustraído, por razón de su especialidad, de la aplicación de las reglas generales», notas a ENNECCERUS LEHMAN, II, II, 1.^a (1966), p. 101, insiste en p. 121.

Este criterio no es mayoritario entre nosotros. Ni siquiera lo mantiene BERCOVITZ, pese a la opinión que sostiene en relación con el error, cfr. ADC (1969), p. 832.

(130) MEDICUS, *Festschrift Kern*, *Op. cit.*, p. 324.

(131) JZ (1965), pp. 475 ss.

(132) *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ (1967), pp. 649 ss.

(133) *Festschrift Kern*, p. 324.

(134) Cfr. MEDICUS, *Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schaden aus Sachmängeln*, en *Tübinger Festschrift für Eduard Kern* (1978), p. 318.

(135) Ulp. D. 21,1,1,1.

Esta es una idea que luego ha de pervivir a través del Derecho común y será manejada por nuestros autores (136). Pero en la medida en que las acciones edilicias funcionan objetivamente, con la sola presencia del vicio oculto y sin necesidad de que se demuestre ningún grado de culpa en el vendedor, pierde sentido, con respecto a ellas, pensar en el incumplimiento de un deber de informar, deber cuyo cumplimiento exigiría en muchos casos en el vendedor el despliegue de una diligencia que no puede serle exigible. De ahí que el supuesto deber de informar no deba ser considerado en este caso más que un medio de justificación de las acciones edilicias, que si bien en el Derecho histórico pudo dar un enorme juego, merece ser descartado en la dogmática actual.

El deber de informar adquiere en cambio sentido y utilidad cuando se utiliza para imputar al vendedor los daños y perjuicios que al comprador haya podido producirle la anomalía de la cosa (137). Así, en relación con lo que el vendedor conoce acerca de la cosa, para que sea sancionable su reticencia, es preciso que exista un deber de informar sobre esos extremos. Y en relación con lo que el vendedor ignora, también en función del deber de informar se va a configurar un deber previo de desplegar un cierto grado de diligencia para conocer, como exigencia de la buena fe. De ahí el interés que puede tener para nosotros intentar puntualizar de algún modo ciertos extremos relacionados con este deber.

Nos interesa saber en primer lugar cuándo surge este deber, cuáles son los aspectos relativos a la cosa sobre los que el vendedor deba pasar información al comprador. El deber de informar, que pudo tener en un principio un contenido típico, cuando los ediles imponen al vendedor manifestar al comprador determinados defectos de la cosa, tiene hoy un contenido flexible. A ello contribuyen en buena medida el papel de la autonomía de la voluntad en la caracterización cualitativa de la cosa objeto del contrato y las exigencias de la buena fe. En términos generales puede afirmarse que el ámbito del deber de informar está en relación con el contenido concreto del pacto acerca de las cualidades de la cosa. Cuando se vende una cosa específica, el contrato presupone en ella determinadas cualidades. La ausencia de alguna de las cualidades presupuestas, de modo expreso o implícito, es lo que interesa conocer al comprador y, por tanto, lo que debe ser advertido por el vendedor. Estas cualidades no deben entenderse de un modo limitado, circunscribiéndolas a la cosa misma, sino que han de relacionarse con la función de la cosa prevista en el contrato. Son, en suma, aquellas cuyo conocimiento de su ausencia pueda, presumiblemente dada la causa concreta del contrato,

(136) Cfr. HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,65, glosa I, nn. 1 y 8.

(137) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,63, glosa I, etc., n. 5.

retraer al comprador de la celebración del mismo o llevarle a celebrarlo en condiciones diferentes (138).

Conviene advertir que este planteamiento del deber de informar no es el único posible, y en buena medida resulta hoy insuficiente, pues a menudo el problema no es tanto la contradicción entre las presuposiciones cualitativas que sobre la cosa recoge el contrato y la realidad, sino la insuficiente concreción de las cualidades de la cosa en el contrato. En la mayoría de las ventas el comprador adquiere un producto cuya utilidad y función le resulta en buena medida desconocida al contratar.

Contribuye a ello, en primer lugar, la situación de desequilibrio en que se encuentra el comprador respecto al vendedor, como consecuencia de «la desigualdad económica creciente entre el sector de la producción y el del consumo» (139). Como consecuencia de ese desequilibrio va a producirse en la sociedad de consumo, de modo provocado y dirigido, una irreflexiva apetencia de adquisición de productos por parte del consumidor, la cual podría, en cierta medida ser racionalizada, facilitándole una más completa información.

La diversificación de los productos y la complejidad de las técnicas de su fabricación y verificación impiden, de ordinario, que un comprador no perito pueda conocer lo que compra, las ventajas que le reporta su adquisición, su verdadera utilidad, sus peligros. En estas circunstancias la información sobre el producto no es un simple corrector de las falsas apariencias del mismo, sino, a menudo, el único elemento con que cuenta el comprador en el conocimiento del objeto, cuya determinación cualitativa en el contrato se basa casi exclusivamente en esa información que se le suministra.

Pero ¿quién ha de facilitar esa información? Los principios tradicionales que rigen esta materia hacen responsable al vendedor por no haber comunicado al comprador lo que en torno a la cosa conocía o fácilmente pudo conocer. Estos principios en el momento actual, tal como se organizan los procesos de producción y distribución, no son suficientes para asegurar la cobertura de las exigencias de información del consumidor. Normalmente el que enajena el producto es un comerciante que no dispone de conocimientos técnicos suficientes como para poder elaborar y ofrecer, bajo su propia responsabilidad, la información que sobre la cosa necesita el comprador. Ha de limitarse a transmitir la que le ofrece el fabricante del producto. La legislación protectora

(138) «Venditorem scilicet eo ipso, quod rem suam exponit vendendam, temeri quasi ex officio vitia rei notabilia manifestare, ne emptor decipiatur». MOLINA, *De iustitia* II (1597), disp. 353, col. 599, 609.

(139) Así lo pone de manifiesto Jean-Louis BAUDOUIN en su *Rapport Général*, durante las jornadas que la Association Henri Capitant dedicara en 1973 a la protección de los consumidores, *Travaux*, XXIV, p. 3.

del consumidor se enfrenta aquí con una doble tarea: Primero, asegurar en cada operación de venta la información que necesita el comprador, canalizada a través del vendedor, pero ofrecida por el fabricante. Segundo, articular un sistema de responsabilidad por la inexactitud de la información.

La buena fe impone que el vendedor transmita su información de manera que pueda llegar a ser conocida y utilizada por el comprador. Es decir, con la concreción, exactitud y claridad que puedan requerir las circunstancias del caso, teniendo en cuenta los diversos elementos concurrentes (carácter del negocio mismo; circunstancias de la persona, tiempo y lugar). En principio no es exigible que tal información revista una determinada forma, ni tampoco que se adecúe a la forma que en cada caso haya podido adoptar el contrato, esto es, que si el negocio se formaliza en un documento privado, deban contenerse en el mismo las advertencias del vendedor. En general basta con que esa advertencia se haya producido de modo que el comprador haya contratado conociendo el estado de la cosa. Pero sin duda alguna se reforzaría la protección del comprador, si toda advertencia sobre cualquier limitación, defecto o anomalía de la cosa que contradiga su apariencia o las cualidades que se le presuponen, debiera revestir, al menos, la misma forma que haya adaptado la venta a que se refiere. Y aún más, si con independencia de la forma adoptada por la venta, tales advertencias debieran de figurar siempre por escrito en el que constara la aceptación del comprador.

En cuanto al tiempo, las advertencias han de efectuarse antes de la celebración del contrato, pero no significa, sin más, que, con tal que sean anteriores, resulte indiferente el momento en que se haga, pues elegir uno u otro momento puede ser muy significativo para prestarles influencia en las valoraciones del comprador.

La buena fe va a servirnos también para marcar ciertos límites del deber de informar, que resultan de la comparación de la conducta de ambas partes. Porque no es correcto imponer sólo a una de ellas una conducta leal o diligente, cuando el comportamiento de la otra no se adecúa a ese mismo patrón. El artículo 1.484 del Código civil hace aplicación de esta idea en la responsabilidad fundada en la mera existencia de vicios ocultos, y ese criterio puede extenderse a los casos en que se trate de una indemnización de daños o perjuicios (arts. 1.486, 1.487, 1.488 C. c.). Ahora bien, pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor. También responde si afirma o promete, en cuanto que esa afirmación o promesa permita no considerar negligente el comportamiento del comprador que ignora la imposibilidad de la promesa, sino justificarlo en la confianza despertada.

III

MANIFESTACIONES TÍPICAS DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

Avanzando en nuestro estudio estamos en condición de preguntarnos: ¿cuáles son los supuestos concretos (supuestos típicos) en que el vendedor de un objeto defectuoso no ha adecuado su conducta a las exigencias impuestas por la buena fe y en los que, por tanto, deba responder al comprador?

Los supuestos típicos de responsabilidad del vendedor que a continuación recogemos tienen un origen histórico; son el resultado de una respuesta matizada del Derecho a las múltiples manifestaciones que a lo largo de los siglos ha adoptado el problema. De entrada conviene hacer en ello dos grupos:

1. En unos casos el vendedor responde porque, en relación con las anomalías cualitativas de la cosa, mantuvo una conducta maliciosa hacia el comprador. En este caso su responsabilidad está fundada en el dolo entendido en sentido estricto. Aquí está el punto de partida en la construcción del supuesto de responsabilidad.

2. También responderá porque, aun cuando no se hubiese comportado maliciosamente, no ha actuado, durante los tratos y al contratar, con la diligencia que en esas circunstancias le era exigible por la buena fe. Diligencia medida, como ya hemos destacado, por el módulo de la culpa lata.

A) LA CONDUCTA DOLOSA DEL VENDEDOR

En la conducta dolosa del vendedor que aquí consideramos puede haber propósito de causar daño al comprador (por ejemplo, le ofrece a bajo precio un automóvil con fallos en los frenos, sin advertírsele, con la intención de que sufra un accidente) (140); pero no es necesario que así sea. Basta con que intente, de modo consciente y voluntario, engañar al comprador, provocar en él una inexacta representación cualitativa de la cosa sobre aquellos extremos en que, dada la índole del contrato, sea relevante un exacto conocimiento, al que hubiera debido colaborar. La intención que tenga el sujeto al engañar es en cierto modo indiferente. No deja de existir dolo porque el vendedor estime que el engaño

(140) Sólo en los negocios gratuitos podría intentarse (y es dudoso) dar el dolo relacionado con los vicios ese sentido tan estricto (cfr. arts. 638, 1.340 C. c.)

no ha de suponer daño al comprador o incluso vaya a reportarle ventajas (141).

Sabido es que el dolo como vicio del consentimiento no se ha limitado a la inducción al error. La práctica y la doctrina han justificado la anulación del contrato por dolo («maquinaciones dolosas»), en casos en que «no hubo error, sino indebida influencia en la voluntad de quien declara» (ausencia de libertad) (142). Mas la peculiaridad del supuesto de los vicios ocultos, en el que el comprador sufre un error acerca del estado cualitativo de la cosa, hará que el dolo suponga ahí, fundamentalmente, una inducción del vendedor en ese error padecido por el comprador al adquirir el objeto defectuoso.

Podemos así concebir el dolo referente al estado cualitativo de la cosa, como una conducta ilícita del vendedor (no adecuada a sus deberes de conducta), consciente y voluntaria (a diferencia de la culpa lata equiparable al dolo) que, incidiendo en el período de formación del contrato de compraventa, contribuye a crear en el comprador un error acerca del estado cualitativo de la cosa (representación inexacta del estado de la cosa).

El engaño puede practicarse de múltiples maneras. Unas veces ocultando lo que se debía advertir, se provoca en el comprador un inexacto conocimiento de la cosa; otras, ese inexacto conocimiento será resultado de una actuación positiva, tendente a crear error (afirmaciones, sugerencias, influencia...).

En las Partidas encontramos ya una referencia a esa doble modalidad. El engaño —según ellas— puede practicarse de «muchas maneras»: «la primera es, cuando lo facen con palabras

(141) En este sentido, pensando en el dolo que vicia el consentimiento, afirma DE CASTRO: «No se requiere que exista una intención dañina o mal intencionada». «Es indiferente la finalidad que se proponga conseguir el autor de las palabras o de la maquinación insidiosa, sea por broma, para el bien del otro contratante o para obtener un beneficio injusto», *Negocio jurídico* (1967), p. 151, § 201.

Por su parte, Díez-PICAZO, pensando en la función sancionadora del dolo, a propósito del incumplimiento de las obligaciones (art. 1.107, II), ha intentado construir un concepto de dolo más estricto, en el cual «deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuanto aquéllos en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo», *Fundamentos I*, p. 708. Compárese. con lo que mantiene en el dolo in-contrahendo, *Fundamentos*, p. 115.

Esta aguda observación puede tener sentido en el dolo sanción, ante la desproporcionada extensión de los daños indemnizables en el artículo 1.107, II. Ahí entronca con una larga tradición histórica que desde una famosa Constitución de Justiniano (C. 7,47) hasta Molineo y Pothier, ha intentado moderar la indemnización en los casos de dolo. Pero fuera de esa función no cabe generalizar semejante noción del dolo, ni siquiera dentro del incumplimiento de las obligaciones (ejemplo, como criterio de imputación de responsabilidad).

(142) DE CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), § 196, p. 148. También en Francia, el Tribunal de Colmar. (30 enero 1970) juzgó dolo las presiones ejercidas sobre una persona, cfr. FLOUR-AUBERT, *Droit Civil, Les obligations I* (1975), p. 148, n. 3

mentirosas o arteras. La segunda es cuando preguntan algún home sobre alguna cosa en el callarse engañosamente, no queriendo responder, o si responde dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede home guardar del engaño» (143).

El valor de esta distinción de las Partidas no es puramente clasificatorio. Tiene interés recordarla para contrarrestar las tendencias a limitar el dolo. El silencio del vendedor, la llamada «reticencia dolosa» (en nuestro caso, el haber guardado silencio el vendedor, en torno a determinadas anomalías de la cosa que no fueron advertidas, ni podían serlo por el comprador; aun sin utilizar artificios de ocultación) no se ha considerado siempre (al tratar de los efectos generales del dolo y particularmente de la anulabilidad) (144) como auténtico dolo. Intentando favorecer los intereses del comercio (caveat emptor) (145), se ha intentado justificar la exclusión en la letra de la Ley, diciendo que los códigos civiles emplean para referirse al dolo expresiones que denotan un comportamiento activo; una acción del sujeto que lo causa, y no su mera pasividad (146). Sólo se dará relevancia al dolo por omisión, en aquellos casos en que una regla especial así lo disponga (147). Semejante restricción del dolo no puede ser, al menos en nuestro Derecho, mantenida. Choca con los principios éticos que lo inspiran, manifestados ya en este punto, de forma clara y concreta, en el texto de las Partidas a que nos hemos referido. Apoyando este criterio, recordemos lo que afirma Castro: «En el Derecho vigente no hay dificultad para atender al dolo por omisión (también «dolo negativo»), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en varios casos, ha entendido existir un error inducido o doloso cuando se ha callado o no se ha advertido debidamente» (148). Y si eso es así respecto al dolo que vicia el consentimiento, aún son mayores las razones que justifican considerar dolosa, en relación con los defectos de la cosa, la reticencia intencionada del vendedor. En el Digesto (149) y en las Partidas (150), existen diversos textos que lo apoyan. También la doctrina histórica impo-

(143) P. 7,16,1.

(144) Información en G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti* (1972), pp. 1 ss.

(145) Ya se advierte en POTHIER, lo que explica su concepto objetivo de los vicios, *Vente*, n. 239.

(146) *Manoeuvres* (art. 1.116 C. c. francés), *raggiri* (art. 1.115 C. c. italiano de 1865 y 1439 C. c. italiano 1942, *maquinaciones insidiosas* (art. 1.269 C. c. español).

(147) Véase VISINTINI, *Op. cit.*, p. 2.

(148) Así DE CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), § 202, p. 152, cita las sentencias del T. S. de 6 junio 1953, 7 enero 1961, 20 enero 1964. También DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (1970), § 106; QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, RDP (1979), pp. 345 ss.; LUNA SERRANO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2 (1977), pp. 63, 64.

(149) D. 18,1,43,2; D. 21,1,9; D. 21,1,14,9; D. 21,1,38,7.

(150) P. 5,5,63; P. 5,8,14.

ne al vendedor el deber de manifestar los vicios (151). Pero además, disipando toda duda, los términos en que se expresa el párrafo 2.º del artículo 1.486 («si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador»), justifican la responsabilidad del vendedor por dolo omisivo, aún más claramente que en otros Códigos (152).

Advirtamos, por fin, que, puesto que estamos ante un supuesto de imputación de responsabilidad a un sujeto (el vendedor causante del dolo), es preciso que la actividad dolosa provenga del mismo. Ello significa la irrelevancia, a estos efectos, del dolo causado por un tercero (153), de modo parecido a como ocurre en

(151) MORALES, ADC (1980), pp. 619-620.

(152) Es forzoso reconocer que el artículo 1.486 II, tal como está redactado, no se limita a los casos en que, por malicia, haya guardado silencio el vendedor. Lo cual se justifica porque, según hemos advertido, este supuesto de responsabilidad traspasa los límites del dolo en sentido estricto.

(153) En relación con la conducta de otras personas, diferentes del vendedor, que intervengan en el contrato, nos interesa considerar las siguientes situaciones:

Intervención de técnicos en el asesoramiento del vendedor. ¿Responde el vendedor de buena fe si el técnico, por ignorancia o mala fe, no le descubre los defectos?

El problema está contemplado en el artículo 1.495 del lado del comprador. Y parece ser, interpretando el párr. I *a sensu contrario*, que el comprador sufre las consecuencias de la ignorancia o mala fe del «facultativo», en cuanto que el vicio deja de ser redhibitorio, aunque éste deba indemnizar al comprador (párrafo II).

Pero esa solución no nos permite entender que deba responder el vendedor en nuestro caso. Por varias razones:

1.ª) Porque la regla del 1.495 es una regla especial, aplicada a las ventas de animales, en las cuales se intentan limitar al máximo las reclamaciones por vicios redhibitorios. Eso ya nos advierte de la posible excepcionalidad de la regla.

2.ª) Porque el efecto que se deriva en ese caso, la pérdida de las acciones edilicias (compensado por la indemnización de daños y perjuicios a cargo del profesor), es mucho menos grave que el deber de indemnizar que podría imponerse al vendedor.

La solución en este caso parece ser diferente. En principio el vendedor de buena fe no responde al comprador por los defectos de la cosa, aunque la inexactitud del informe técnico sea culposa o intencional. La responsabilidad en este caso se desplazará hacia el técnico; particularmente, si su informe suscitó confianza en el comprador.

Intervención de un representante en la venta. En el Derecho común, para la compra por representante y a efecto de las acciones edilicias, se planteó la cuestión de qué conocimiento debía ser tomado en cuenta. ¿El del dueño o el del representante? Esta cuestión ya apuntada en algunos textos del Digesto (D. 18,1,13 y D. 21,1,51), es resuelta tomando en cuenta la concreción con que se haya hecho el encargo, véase HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,66, glosa 1, etc., n. 6.

Nuestro caso es distinto. En realidad, la venta, a sabiendas, de un objeto defectuoso, sin advertirlo, es un acto antijurídico; con él se infringe el deber de informar. De ahí que podamos aplicar el criterio que apunta CASTRO para la buena fe. «La buena fe requerida en los tratos y contratos... queda excluida por la mala fe tanto del representante como del representado», *Temas de Derecho civil* (1972), p. 120. Por eso en nuestro caso el *dominus* que conoce los defectos de la cosa no queda libre de advertirlos por haber utilizado un representante que los ig-

el dolo que vicia el consentimiento (art. 1.269). Cabe, no obstante, que el vendedor se aproveche intencionadamente de la actividad dolosa del tercero, en cuyo caso ese aprovechamiento constituirá una maniobra dolosa del propio vendedor (154).

B) LA CULPA LATA Y SUS MANIFESTACIONES TÍPICAS.

A continuación del dolo nos corresponde estudiar en qué medida la negligencia del vendedor sea, igualmente, criterio de imputación de responsabilidad.

La escasísima regulación de nuestro Código civil nos impone, en este punto, acudir al Derecho histórico. Ahí encontramos unas manifestaciones típicas de actuaciones negligentes del vendedor, que, por su gravedad, han merecido, al igual que el dolo, funcionar como criterios de imputación de responsabilidad.

Fuera del dolo, al vendedor se le va a imputar responsabilidad, por no advertir, como debiera, la situación de la cosa al comprador. Como ya habremos podido observar, la obligación que impone la buena fe al vendedor de advertir al comprador, durante los tratos, las anomalías de la cosa, depende en su contenido concreto de dos factores. De un lado lo que según la naturaleza del contrato que se va a celebrar sea oportuno advertir al comprador en relación con la cosa, por justificarlo su interés. De otro, aspecto que aquí importa resaltar, del nivel de conocimientos que en torno al objeto tenga el vendedor o sea presumible en él o pueda serle exigido, según las circunstancias concretas. Aquí precisamente es donde ha estado la base para poder extender el supuesto de responsabilidad.

La enumeración que a continuación hacemos intenta señalar, para su posterior estudio, los casos en que puede existir negligencia en la conducta del vendedor, base de su responsabilidad.

1. Puede ocurrir, en ocasiones, que aún conociendo el vendedor los defectos de la cosa y estando en su ánimo el no ocultarlos al comprador (con lo cual no puede afirmarse que exista dolo), olvide advertirlos o los advierta en forma equívoca, que determine el error del comprador.

2. Cabe también, en otros casos, que el vendedor ignore los defectos de la cosa, con lo cual no puede existir un propósito de ocultarlos, pero que, a pesar de ello, en las circunstancias concre-

norara, y el representante que los conoce, también debe advertir si lo justifica su intervención en la venta. Se plantea una cuestión distinta al valorar no el conocimiento, sino la posibilidad de conocer. En ella habrá que tener en cuenta cuál ha sido el papel de representante y representado en la venta.

(154) CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), § 205, p. 154.

tas del caso, hubiera podido llegar a conocerlos, empleando una mayor diligencia de la que empleó.

3. En relación con las afirmaciones inexactas del vendedor sobre el estado de la cosa que vende debidas a error, se nos plantea de nuevo el problema de su posible responsabilidad.

4. La pericia del vendedor derivada de su condición profesional, puede constituir también un dato muy significativo para medir el grado de diligencia exigible y, por tanto, su posible responsabilidad. Hay extremos que son normalmente conocidos, y deben serlo en determinados círculos de personas que ejercen una misma profesión u oficio.

5. La cuestión de responsabilidad que aquí estudiamos tiene matices particulares cuando el sujeto que vende la cosa defectuosa es el mismo que ha intervenido en su proceso de fabricación. Porque a su condición de perito se une la de fabricante.

6. Por fin, hemos de tener en cuenta aquello que, en determinadas ocasiones, la ley imponga al vendedor advertir al comprador acerca de la cosa.

Deber de conocer o probabilidad de conocimiento.

Antes de entrar en el estudio del tratamiento que merecen los casos señalados en el epígrafe anterior, conviene hacer una distinción, importante para establecer el alcance de la responsabilidad, y utilidad para nuestro razonamiento.

En todos aquellos casos en que la imputación de la responsabilidad al vendedor se sigue de que las anomalías de la cosa, que el vendedor no advirtió al comprador, podían serle fácilmente cognoscibles, sea por razón de la situación de hecho, sea por sus conocimientos periciales, se suscita la cuestión de si esa responsabilidad se basa, en última instancia, en un deber de conocer tales anomalías o en la simple probabilidad de su conocimiento.

Construir de un modo o de otro el criterio de imputación de responsabilidad no es indiferente y nos conduce a resultados bastante distintos.

Si pensamos que se trata de una probabilidad de conocimiento, fundada en lo que normalmente acontece, puede justificarse el que funcione una presunción de conocimiento («*iuris tantum*» «*hominis*») que, como tal, si otra cosa no dispone la Ley (lo cual sería un indicio de que no es correcta esta calificación), admite la prueba en contrario. La simple presunción de conocimiento no generaría, en verdad, un criterio de imputación de responsabilidad diferente del dolo, pues se estaría imputando responsabilidad al vendedor por dolo presunto. En consecuencia, no debería poderse hablar aquí de la culpa, ni siquiera la culpa lata, como criterio de

imputación de responsabilidad diferenciado. Y a lo más la culpa lata quedaría reconducida al dolo presunto.

Si, por el contrario, entendemos que la razón de la responsabilidad del vendedor se halla en que su ignorancia de las anomalías de la cosa no es, en el caso, excusable, por no haber procedido con la diligencia exigible para obtener el conocimiento que pudiera interesar al comprador, según el contrato, estamos ante un criterio de imputación de responsabilidad distinto del dolo, fundado en la negligencia grave.

a) LA RETICENCIA NO INTENCIONAL: EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1.486 II C. c.

Estudiamos aquí el caso en que el vendedor por olvido o error, deja de advertir al comprador los defectos o anomalías de la cosa que éste tenga interés en conocer.

Queremos limitarnos a la consideración del silencio no malicioso, sin entrar, por el momento, en lo que pueda constituir algún tipo de afirmación (por supuesto, no maliciosa) en torno a las cualidades de la cosa. Pues, en ocasiones, si el vendedor afirma o asegura que su información es completa; es decir, que contiene todos los elementos que en el caso concreto interese conocer al comprador, esta aseveración transformará el carácter de su silencio, haciendo del defecto omitido una cualidad, en cierta medida, afirmada.

Las dificultades opuestas por la doctrina a la consideración de la reticencia voluntaria (reticencia dolosa), que ya conocemos, se van a acentuar en relación con la reticencia no intencional, en la cual quien calla lo hace sin mala intención, sin propósito torcido, que haga reprobable su conducta. Por eso, aún quienes admiten que la reticencia voluntaria es una forma de dolo, pueden encontrar motivos para oponerse a que la reticencia involuntaria merezca en Derecho ser considerada; y en cierta medida, si no se hacen las matizaciones oportunas, no les falta razón (155).

En la reticencia no intencional no existe *animus decipiendi* y no puede afirmarse que haya dolo en sentido estricto. De ahí que cuando se exige que el dolo sea grave, como ocurre en el que vicia el consentimiento, la reticencia involuntaria no pueda ser considerada. Pero eso no significa que la reticencia no intencional tenga que carecer siempre de efectos. Concretamente a nosotros se nos plantea el problema de la posible atribución de responsabilidad al vendedor, en razón de los vicios de la cosa silenciados. El vendedor desmemoriado, por ejemplo, que vende un automó-

(155) Por ej., FLOUR-AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique* (1975), p. 150.

vil, en aparente magnífico estado, con fallos intermitentes en los frenos que olvida advertir, ¿responde al comprador? ¿Cómo imputarle esa responsabilidad?

La primera vía que encontramos para esa imputación es la vía presuntiva. Lo normal es que toda persona que conoce algo que le afecta, se cuide de utilizarlo cuando proceda. Por eso, en los casos en que el vendedor pretenda justificar el silencio en un olvido involuntario, podemos presumir (*facti*) el dolo. Pero esta vía es insuficiente. Deja abierta una cuestión que puede considerarse básica: saber si el posible olvido del vendedor, una vez demostrado, es siempre tolerable y le exonera de responsabilidad, o pugna, en algunos casos, con los deberes de conducta que le impone la buena fe. Lo cual supondría poder considerar entonces relevante a la reticencia no intencional.

Con carácter general, aunque no haya engaño, la buena fe impone ciertos deberes de mínima diligencia en el momento de la celebración del contrato. Ese mínimo de diligencia siempre exigible, cuya falta de empleo provoca responsabilidad, es el que corresponde al módulo de la culpa lata (culpa grave) (156), que históricamente ha servido también para imputar al vendedor responsabilidad por los defectos de la cosa. Pues bien, la cuestión es ésta: ¿Incide en culpa grave el vendedor que, conociendo los defectos de la cosa, no los advierte por olvido o error? La cual, en este caso puede formularse de otro modo: ¿Es excusable el error que ha padecido el vendedor?

En el antiguo Derecho se considera inexcusable la ignorancia crasa. Esta suele entenderse referida al error sobre hechos propios o notorios (157). La razón de esa inexcusabilidad estaba (158) y sigue estando (159) en la gravedad de la culpa que la provoca (culpa lata). Respecto del hecho propio GREGORIO LÓPEZ afirma: «Non enim est tolerabilis ignorantia in facto proprio» (160). Mas lo rotundo de esta regla no impide que en ciertos casos se admita excusa: particularmente cuando el error no supone ventaja en quien lo padece y de ser inexcusable podría favorecer la mala fe de otras personas. Un ejemplo es el pago indebido realizado por error (161). En cambio, el principio se aplica de modo estricto

(156) «Quia dolo aequiparatur».

(157) ESCRICHE, *Diccionario* (1851), s. v. ignorancia.

(158) COWARRUBIAS, *In librum quartum decretalium epitome*, parte 2.^a, capítulo 6.º, n. 21, en *Opera omnia* (1583), p. 336, col 2.^a *in fine*.

(159) CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), § 141, p. 115. FLOUR-AUBERT, *Op cit.*, número 204.

El que la diligencia se aprecie según módulos sociales de diligencia exigible a distintas categorías de personas (hombre normal, profesional...), no significa que se aprecie *in concreto*.

(160) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa*, P. 3,9,14, glosa, «que la avia comprada».

(161) También en nuestro Código civil, cfr. arts. 1.895 ss.

En el pago indebido, *si no dolo*, hay, al menos, negligencia en hecho propio

cuando la ignorancia de un hecho propio se alega en perjuicio de tercero (162). Así ocurre en el caso de los defectos de la cosa. El silencio del vendedor no sólo revierte en su propio provecho, al facilitarle la celebración del contrato o proporcionarle unas condiciones más ventajosas de las que habría podido conseguir manifestando el defecto, sino que, además, es un factor que contribuye, junto con otros, a la producción de los daños que la cosa pueda provocar en el patrimonio del comprador; pues, seguramente, si éste hubiera conocido sus anomalías, aunque la hubiera comprado, habría podido evitarlos.

El párrafo segundo del artículo 1.486 debe ser interpretado de acuerdo con las anteriores ideas. Pone de manifiesto que la imputación de responsabilidad al vendedor no se limita al dolo (*dolus malus*) en sentido estricto (163), no exige malicia; basta, «si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador». Pero el hecho de que baste el simple conocimiento de los defectos de la cosa, no significa, tampoco, que se abandone el criterio de la culpa lata, para seguir un criterio de imputación de carácter objetivo. El cometido de este artículo no es establecer un criterio de imputación de responsabilidad nuevo, distinto de la mala fe (art. 1.488), sino tipificar un supuesto concreto de aplicación del mismo. Y así, nos describe una conducta que en sí misma envuelve culpa grave.

Un límite a la irrelevancia del error inexcusable del vendedor podría estar en su reconocibilidad por el comprador. No en los casos en que el mismo conozca o pueda conocer (cfr. art. 1.484) el defecto de la cosa, porque ya dejaría de ser oculto el vicio, sino en aquellos otros en que un comprador mínimamente diligente hubiera podido tener sospechas sobre el estado de la cosa o sobre la posibilidad de confiar en el silencio del vendedor (por ejemplo sabe lo extremadamente desmemoriado que es) (164).

del *accipiens*, que, compensada con la del *solvens*, hace excusable ambos errores. Pero la negligencia del *accipiens*, que recibe por error (de buena fe) no deja de ser significativa por esa compensación de culpas, particularmente en el momento de liquidación de la situación. Por ello la remisión a las reglas de liquidación del estado posesorio no es completa. Se hace expresamente para las mejoras y los gastos (art. 1.898), pero no para las desmejoras y las pérdidas (art. 1.897). Y el régimen que establece para éstas el artículo 1.897 no coincide con el general del 457.

(162) Véase ESCRICHE, *Diccionario* (1851) s. v. ignorancia.

(163) Quizá sea BERCOVITZ, entre nuestros autores, el que de modo más rotundo lo destaca: «Contrariamente a lo que opina buena parte de la doctrina, el supuesto de hecho del artículo 1.486, párr. 2.º, no implica la existencia de dolo por parte del vendedor», ADC (1969), p. 832, nota 110.

(164) LUNA SERRANO da a la irrecognoscibilidad del error mayor alcance aún que el que le hemos dado en el texto. Para él constituye (al igual que la inexcusabilidad) un límite general a la relevancia del error. Desenvolviendo esta idea, dice: «El error no puede dar lugar a la invalidación del contrato si es irrecognoscible por el contratante que no lo sufre, ya que éste actúa entonces

b) EL DEBER DE CONOCER: EQUIPARACIÓN DE LA IGNORANCIA CRASA AL CONOCIMIENTO

El carácter craso de la ignorancia de los hechos notorios

En distintos textos del «Corpus iuris civilis» (165), a propósito de materias diferentes, se recoge un principio de equiparación del deber de conocer al conocimiento que, destacado en el Derecho Común, desempeñará un importante papel en la materia de que aquí tratamos. Este principio queda plasmado así: «*Paria sunt scire, vel scire debere*» (166).

La utilización de esta regla supone acudir de nuevo (igual que en el apartado anterior) a la ignorancia crasa o supina, en la cual como ya sabemos, el sujeto no puede aprovecharse de las consecuencias que normalmente se atribuirían a su falta de conocimiento.

El problema radica en determinar en cada caso qué es lo que el sujeto debe conocer, qué es lo que para él se puede considerar

de buena fe y tiene derecho a confiar en lo pactado y la impugnación del contrato iría contra sus expectativas razonablemente fundadas», en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º (1977), pp. 61-62.

Con esta construcción se va a limitar enormemente el alcance protector del error. En la contraposición de intereses entre quien se ha equivocado (excusablemente) y quien ha confiado en que no existía error, se prefiere el de éste. Salvo que la confianza, por falta de diligencia, no merezca ser protegida, caso en el que quizá, más que proteger al que ha padecido el error, sancionamos la negligencia de la otra parte.

La concepción que sostiene LUNA supone dar un giro completo en la doctrina tradicional del error, hasta el punto de hacerle perder su sentido protector. Sentido protector que, quizá de modo un tanto exagerado, había prevalecido hasta ahora, y desde el cual se han construido, de siempre, sus límites, concebidos como casos en que el sujeto que se ha equivocado, por su conducta, no merece protección.

Esa pérdida del sentido tradicional se advierte en esta afirmación: «Hay que favorecer, incluso por razones éticas, que el otro contratante, advertido del error, pueda, si quiere, anular el contrato», LUNA, *Op cit.*, p. 62. Lo cual, como podrá advertirse, va mucho más allá de lo que podrían ser ciertas medidas razonables tendentes a evitar que, una vez que se ha desvanecido el error, el contratante que lo padeció use abusivamente del plazo, manteniendo al otro en estado de incertidumbre.

Quizá debiera existir aquí, junto al actual plazo límite de caducidad, otro complementario y más breve para denunciar error, cuyo cómputo se iniciara en el momento en que fuera descubierto el mismo. La denuncia serviría para advertir al otro contratante, que no actuó dolosamente, de la existencia del error; advertencia que parece exigir la buena fe (art. 1.258). Y una vez conocida la situación, debería dotarse a éste de un medio para forzar la decisión del que ha padecido el error. Algo semejante a lo que prevé el Código para la aceptación de la herencia (cfr. art. 1.005).

(165) Así, por ej.: «Si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere debes te dare oportere» (D. 12,1,5); «qui sciret, aut scire potuisset, filium familias esse eum, cui credebat». (D. 14,6,19); «scit aut scire potuit» (D. 29,2,38); «scire potuerit aut ignorare» (D. 46,1,48).

(166) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,18 Glosa 1.ª, n. 12.

como un hecho notorio. En otros términos, cuál es la diligencia exigible en el intento de conocer, cuya falta de despliegue permita hablar de ignorancia crasa o supina.

Al dar respuesta a esta cuestión de nuevo se percibe la relación establecida por la antigua doctrina, entre la ignorancia crasa y la culpa lata (167): El sujeto se encuentra en esa situación de ignorancia debido a que no ha desplegado la diligencia mínima (culpa lata) exigible en el conocer. Por eso la ignorancia crasa es tan reprochable como la propia culpa lata, y no aprovecha al sujeto. De ahí su equiparación al conocimiento.

En el derecho histórico se establecen, como sabemos, dos módulos diferentes de determinación de la diligencia exigible, según que la persona de que se trate sea o no perito en la materia a que se refiera el conocimiento. Para quien no es perito la ignorancia crasa estriba en desconocer lo que todos o la gran mayoría de los hombres saben que hace del hecho un hecho notorio (168). En el caso del perito la medida de la diligencia exigible la determinan las reglas de su propio arte o profesión, que, no estando determinadas por la Ley, vendrán a ser inducidas del correcto modo normal de proceder de la mayoría de los profesionales.

Esta regla de valoración de la conducta va a ser utilizada a menudo por el Derecho Común en la compra venta (169). Se tendrá por conocedor de los defectos de la cosa al vendedor cuya ignorancia sea crasa o supina. Responde, y no puede, aprovecharse de las ventajas que en orden a la responsabilidad hubiera podido reportarle su desconocimiento de los vicios.

La generalización del criterio del artículo 1.484

Las anteriores ideas hemos de tenerlas en cuenta a la hora de construir la responsabilidad del vendedor en nuestro Código civil, pues aunque expresamente no se desenvuelvan en él en esta materia, hay razones suficientes, aparte de la influencia histórica, para admitirlas.

En efecto, el artículo 1.488 (que es el que de modo más amplio nos formula la regla de imputación de responsabilidad) prevé que es responsable el vendedor de mala fe. Y para precisar cuáles son las exigencias de la buena fe, podemos acudir al artículo 1.484. Ahí el Código concreta la diligencia que debe desplegar el comprador en el conocimiento de los defectos de la cosa, para que los vicios

(167) COVARRUBIAS, *In librum quartum decretalium epitome*, parte 2.ª, cap. 6.º, n. 21, en *Opera omnia* (1583), p. 336.

(168) «*ignorare quod omnes aut maior pars hominum scit*». GREGORIO LÓPEZ, en *glosa*, P. 7,33,11.

(169) Así afirma GREGORIO LÓPEZ «*Nisi ignorantia esset supina: quia tunc habetur pro sciente*», en P. 5,5,63, *glosa* 5.ª. MOLINA habla de «*ignorancia ven- cible*», *De Iustitia*, disp. 353, col. 613.

de la cosa puedan ser considerados, respecto de él, vicios ocultos, con la consiguiente ventaja (natural al contrato) de las acciones edilicias.

Es razonable que empleemos el mismo módulo de diligencia para considerar que el vendedor (ficticiamente) conocía los vicios de la cosa, que el empleado en caso análogo para el comprador. Porque la buena fe, de la cual resultan esos módulos mínimos de diligencia exigible, impone a los contratantes (hechas las debidas apreciaciones de su condición personal) unos deberes de conducta análogos y recíprocos. En el artículo 1.484 del Código encontramos esos mínimos de diligencia exigibles en el conocer, susceptibles de ser utilizados tanto en relación con el comprador como con el vendedor. De ahí que al vendedor no perito pueda exigírsele descubrir los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista y al vendedor perito, aquéllos que, aún no estando a la vista, «por razón de su oficio o profesión debía fácilmente conocer». En definitiva, se generaliza así el criterio de mínima diligencia, en armonía con el perfilado en el Derecho histórico, fundado en la culpa lata.

El carácter recíproco de la diligencia exigible: factores de diversificación

Sentado este criterio, para comprender mejor su alcance práctico hemos de hacer una nueva observación. Se trata, como hemos visto, de un *criterio recíproco*, que impone unos deberes de diligencia análogos a ambas partes contratantes. De ahí resulta que para poder imputar, en cada caso concreto, responsabilidad al vendedor, por razón de esa falta de diligencia en el conocer los vicios de la cosa, tengamos que tener en cuenta la diligencia que en ese mismo caso era exigible al comprador en procurarse por sí mismo ese conocimiento. Y así nos encontramos con que a veces las consecuencias de la falta de diligencia del vendedor quedarán enervadas por la paralela falta de diligencia del comprador.

Si fuera siempre así, la regla de imputación de responsabilidad al vendedor dejaría de tener sentido práctico. Por ello, para concluir, hemos de destacar, en qué situaciones, ante un determinado defecto de una cosa, puede ser exigible al vendedor una diligencia en su conocimiento que, a su vez, no sea exigible al comprador.

Para contestar a esta importante cuestión, señalaremos unos factores de diversificación en el desenvolvimiento práctico de la regla de imputación de responsabilidad. Estos *factores de diversificación* son, principalmente, dos:

1.º *La condición de perito que ostente el vendedor frente a un comprador no perito.* Esta condición hará que, ante un mismo defecto o anomalía de la cosa, sea exigible al vendedor el conocimiento y no lo sea al comprador. De este modo no va a ser igual la protección del comprador cuando se entiende (aunque ello, es verdad, en muchos casos siga siendo artificioso) que contrata con

un igual (dos peritos, dos no peritos), que cuando tiene frente a sí un contratante más fuerte (vendedor perito, comprador no perito), lo cual está en una línea de protección del contratante más débil.

2.º *El contacto que han tenido con la cosa vendedor y comprador.*—El contacto que ha podido establecer con la cosa el vendedor quizá, en muchos casos, ha sido más intenso; le ha ofrecido más posibilidades de conocimiento, que el que la ocasión de celebrar el contrato ha brindado al comprador.

Ante determinadas anomalías que sólo se descubren con un uso prolongado de la cosa, hemos de tomar en cuenta el contacto que cada una de las partes haya tenido con ella, para valorar desde él, en función del módulo de diligencia exigible en el conocer, las posibilidades concretas que a cada una se le ofrecieron para llegar al conocimiento. En el vendedor ha de tenerse en cuenta el tiempo que permaneció la cosa en su patrimonio, la utilización que hizo de ella, y todo cuanto permita llegar a la conclusión de que pudo serle fácil averiguar el defecto. En el comprador importa si ya conocía la cosa antes de contratar y en qué medida ese conocimiento pudo permitirle descubrir, en las circunstancias en que se produjo, el defecto; también importa precisar, si en el momento de la celebración del contrato realizó las comprobaciones mínimas normales en cualquier comprador, dadas las circunstancias que rodearon al mismo. No es igual, por ejemplo, que se adquiriera una cosa teniéndola a la vista, que una mercancía que por el lugar en que se encuentra al celebrar el contrato, no es susceptible de previa verificación. Aquí también se tomará en cuenta la confianza que el vendedor, por sus afirmaciones en torno a la cosa, haya podido despertar, justamente, en el comprador.

Todos estos factores habrán de ser ponderados en cada caso concreto. Debiendo *deslindarse* lo que es *cuestión de derecho* de lo que es *cuestión de hecho*. Por cuestión de derecho debe entenderse todo aquello que se refiera a la medida de la diligencia exigible, en la cual hemos intentado anteriormente establecer unos principios. La otra tarea, no menos importante y dificultosa, será fijar en cada caso concreto cuáles son los hechos que interese valorar, según criterios jurídicos, para poder llegar a la imputación de responsabilidad. Esta segunda tarea queda en cierto modo encomendada a la apreciación del juez en el proceso, pero, con respecto a ella, encontramos en el Derecho histórico una presunción: se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa. De su verdadero alcance y sentido actual vamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

Se presume que el dueño conoce los defectos de la cosa: alcance histórico y actual de la presunción

El contacto que haya podido mantener el vendedor con la cosa antes de la venta hace, al menos muy probable, el conocimiento de

sus anomalías De ahí que ya el Derecho común procurara atribuirle consecuencias jurídicas.

El punto de partida de la discusión podemos situarlo en un textos del Codex de Justiniano (170). No se refiere directamente al problema de los vicios ocultos, sino al conocimiento del verdadero valor de la cosa en la rescisión por lesión. Contiene un principio que va a ser objeto de generalización. Así llegará a decirse: «Dominus praesumitur scire qualitates rerum suarum» (171); «venditor praesumitur scire rei qualitatem, et ibi, calliditate» (172); «venditor praesumitur scire vitium, et qualitates rei venditae» (173), ¿Qué carácter tiene esa presunción?

El que los autores afirmen que estamos ante una «ex iure praesumptione» (174), sin duda por el apoyo que le presta el Codex, no nos aclara suficientemente su naturaleza, porque puede tratarse tanto de una presunción *iuris et de iure* como *iuris tantum*.

Un modo indirecto de esclarecer su naturaleza puede ser averiguar si, frente a ella, se admite la prueba en contrario Si se admite, el alcance de la presunción estaría limitado a la fijación de los hechos y se basaría en la probabilidad de que el vendedor, por el contacto que tiene con la cosa, conozca sus defectos. En cambio, si se estima que no es posible la prueba en contrario, esta presunción estaría manifestando un deber del vendedor de conocer la cosa que vende que, formulado en términos absolutos, podría traspasar los límites de la imputación de responsabilidad por culpa, viniendo a basarla en un criterio objetivo.

La doctrina histórica no es suficientemente elocuente en relación con la admisibilidad de la prueba contraria. Se nos dice: «Ignorantiam vero suo juramento venditor probare non poterit, quia contra eum est praesumptio scientiae» (175). Y de ahí tenemos que intentar extraer consecuencias.

Todo parece indicar que la presunción de conocimiento de los defectos de la cosa por el vendedor no pasa de ser, a lo más, una

(170) C. 4,44,15. De este texto ofrece GARCÍA DEL CORRAL la siguiente traducción:

«Ningun mayor de edad que hubiere enajenado predios, aunque situados lejos, consiga de ninguna manera facultad para la repetición de la cosa vendida, por razon de haber sido el precio algo menor. Porque no se deja que se pierda el tiempo en baldíos propósitos, para que se disculpe a sí mismo de no haber conocido el valor de las fincas el que debía haber conocido el valor de los bienes familiares, o sus méritos y sus emolumentos». *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 2.^a parte, *Código*, tomo I (1892).

(171) SURDO, *Decisiones*, 146, n. 13, HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,66, glosa 1.^a, etc., n. 23.

(172) BALDO en D. 21,1 princ., en *Commentario in secundam Digesti Veteris Partem*, Lugduni (1585), p. 183.

(173) SURDO, *Decisiones*, dec. 146, n. 13, Lugduni (1600), p. 298.

(174) Vid. SURDO, *Decisiones*, dec. 146, n. 12; HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,66, glosa 1.^a, n. 23.

(175) *Additiones*, P. 5,5,66 glosa 1.^a, n. 24.

presunción *iuris tantum*. El hecho de que al mismo no se le admitiese en el Derecho común probar, mediante juramento, su ignorancia de los defectos de la cosa no indica que la presunción sea *iuris et de iure* (176), pues la prohibición de juramento en contrario suele ser característica de todas las presunciones de derecho: «Quando adest praesumptio in contrarium talis probatio per juramento non admittitur» (177).

Incluso, en la rescisión por lesión, va a intentarse restar fuerza a la presunción, minimizando el alcance de la expresión del Codex (*scire debuerat*). En este sentido, BARTOLO entendía que ese modo de expresarse el Codex no impide, en términos absolutos, la res-

(176) El hecho de que el vendedor no pueda probar su ignorancia a través de juramento, ¿significa que estemos ante una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario?

La contestación a esta pregunta depende del alcance que tenga la exclusión del juramento en el campo de las presunciones establecidas por el Derecho. Por ello sólo es posible contestar afirmativamente al interrogante anterior, si se demuestra que el juramento sólo se excluye, en los casos en que la presunción establecida no admita ningún tipo de prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*). En otro caso no será posible extraer semejante conclusión.

Sobre este punto MENOCHIO, autor que ha estudiado con gran amplitud el tema de las presunciones, nos recoge a principios del siglo XVII el siguiente estado de la cuestión: Cuando la presunción es *iuris et de iure*, la doctrina coincide en no admitir el juramento en contra de la misma. En cambio, cuando se trata de una presunción *iuris tantum*, la doctrina aparece dividida y pueden advertirse dos direcciones. Una primera para la cual tampoco es admisible el juramento, aunque se trate de presunción *iuris tantum*. Otra que sí lo admite. Entre ambas MENOCHIO considera que la primera ha llegado a tener mayor influjo. Fue la opinión mantenida por BARTOLO, autor de gran autoridad. MENOCHIO, *De praesumptionibus coniecturis, signis et indicis commentaria; in sex distincta libros*, Coloniae Agrippinae (1606) *quaestio LXXVII*.

Este criterio, por otra parte, es razonable. El que una presunción *iuris tantum* admita prueba en contrario no significa, necesariamente, que frente a ella sean posibles todos los medios de prueba. La norma que establece una presunción y admite la prueba en contrario, puede dosificar los medios de prueba admisibles para la destrucción, en función de las peculiaridades de cada caso. Y aquí es precisamente donde debe ponerse de manifiesto la diferencia existente entre una prueba directa de los hechos y una prueba fundada en la confesión bajo juramento, pues la confesión, aunque se refuerce con el juramento, favorece a la persona que la presta.

Esa lógica desconfianza hacia el juramento, como medio de demostrar la ignorancia, es patente en nuestra doctrina. La opinión de COVARRUBIAS es enormemente significativa, por unir a su condición de fino jurista, la de moralista. Cuando se plantea la cuestión de «si adversus praescriptionem maioribus sit concedenda restitutio ex causa iuste ignorantie», contesta negativamente aduciendo esta razón: «Ignorantia vero in hoc tractatu plenissime erit probanda; Nec sufficet iuramentum ignorantis...», en *Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*, 2.^a parte, § 3, *omnia opera*, II, Caesaraugustae (1583), p. 887, col. I. Es cierto que en otro lugar mantiene una posición diferente, llegando a afirmar: «Probabitur ignorantia proprio iuramento». *Variarum resolutionum*, lib. 2, cap. 2, n. 1, en *op. cit.*, I, 592, col. II. Sin embargo esto no puede interpretarse como una contradicción con el criterio mantenido en el texto anterior, pues la solución diferente que aquí se ofrece está justificada en razón de que se trata de una materia penal, en la cual, lógicamente, los criterios de la prueba deben ser distintos de los que imperan en las materias civiles.

(177) *Additiones*, P. 5,5,66 glosa 1.^a, n. 24.

cisión por lesión, porque no se refiere a un deber de conocer sino al hecho del conocimiento probable. Y, partiendo de esta idea, aún llegará a más. Llegará a sostener que en la rescisión por lesión debe sustituirse la presunción de conocimiento por una presunción de error (178); error probable, a pesar de referirse a un hecho propio, porque no es probable que nadie conscientemente dilapide lo suyo (179). Mas ha de reconocerse que no ocurre del mismo modo cuando se trata de vender una cosa defectuosa, porque ocultar sus defectos favorece al vendedor, facilitándole su venta. Es un comportamiento más probable.

La presunción de que el vendedor conoce los defectos de la cosa que vende no será recogida en nuestro Código civil, dejando así de constituir una presunción *iuris*. Esto parece razonable. Afirmar, en términos generales, que es presumible, aunque sólo sea «*iuris tantum*», que el vendedor conoce, como propietario (poseedor), los defectos de la cosa que vende, puede en muchos casos resultar excesivo. No siempre, la utilización que haya hecho el vendedor de la cosa o los medios de que disponía, le habrán podido permitir advertir, fácilmente, la existencia de defectos en ella. La presunción de conocimiento ha dejado, por tanto, de ser una *praesuntio iuris*, para pasar a ser una *praesuntio facti*, en los casos en que resulte oportuna su utilización.

Con todo, en algunos casos concretos puede ser de interés utilizar esta presunción como medio indirecto de proteger al comprador.

c) RESPONSABILIDAD POR LAS CUALIDADES ATRIBUIDAS TEMERARIAMENTE A LA COSA POR EL VENDEDOR

Cuando en una venta genérica el vendedor atribuye al género ciertas cualidades y éstas se incorporan al contrato, queda obligado por ello e incumple su obligación, con la consiguiente responsabilidad, si el objeto entregado carece de ellas.

Pero en la venta específica no sucede exactamente así. En principio, no cabe pensar que el vendedor haya quedado obligado en las cualidades atribuidas, porque, siendo la cosa defectuosa, tal obligación es originariamente imposible, y el contrato no ha previsto su reparación o transformación por el vendedor. Esto no excluye plantear la cuestión desde el ángulo de la responsabilidad, a través del cual también es posible exigir al vendedor la reparación

(178) BARTOLO, *In priman Codicis partem*, Com. ad C. 4,44,15, Lugduni (1581), 154.

(179) «Nan licet venditor, et locator scientiam valoris rei suae habere praesumat, et vires sui patrimonii, ... et licet facti proprii scientia praesumatur, ... haec praesumptio non est suficiens, quia tollitur ab alia fortiori, quae est, quod quis non praesumitur jactare suum». HERMOSILLA, *Adiciones*, P. 5,5,56, glosa 4, n. 82, recogiendo la opinión de otros autores.

de la cosa, para procurar al comprador una indemnización in natura.

La justificación de la responsabilidad del vendedor en un caso así puede hacerse de dos maneras: Por razón de la fuerza vinculante de sus propias afirmaciones, susceptibles de generar confianza en la otra parte contratante. Calificando de máxima negligencia (culpa lata) la conducta del vendedor que asegura lo que ignora; lo cual permitirá imputarle responsabilidad (in contrahendo).

De estos dos modos dejamos a un lado, por el momento, al primero, no sin advertir cómo, pese a lo razonable que parece, causas históricas y dogmáticas, que ahora sólo podemos apuntar, han hecho que se abra camino en la venta específica con enorme dificultad. El Derecho común se encuentra forzado, debido a la estructura del Derecho romano, a construir, en la venta específica la responsabilidad del vendedor en base al dolo, por ser éste, fuera de la *stipulatio*, el único caso en las fuentes en que el vendedor indemniza el interés del comprador (180). De otro lado, la rigidez de la dogmática pandectista, ante el contenido imposible de las cualidades atribuidas a la cosa por el vendedor, no encontrará suficiente esa atribución para hacerle responder, si no hay dolo o una especial promesa de asunción de garantía (de gran rigidez) que se destaca del contenido obligacional de la venta, contrato básico (181).

En cambio, la justificación del segundo se encuentra en los propios textos romanos, lo que hará que adquiera arraigo en el Derecho común y constituya el único medio para exigir en estos casos responsabilidad, hasta que los humanistas nos pongan de manifiesto la oportunidad del otro.

Acotado nuestro punto de observación, tiene particular interés un pasaje del Digesto, atribuido a ULPIANO, en el que el vendedor de un esclavo le atribuye ciertas cualidades, ignorando que carece de ellas (182). En ese texto se considera una conducta del vendedor que, aunque no sea directamente maliciosa, es asimilable al dolo. La responsabilidad proviene de la ligereza de un vendedor que ha hecho afirmaciones temerarias (*facile... asseverare, temerariam indicationem*), con las cuales incluso genera un desequilibrio contractual (*caro vendidit*)

(180) Ya que la *mancipatio* llegará a desaparecer, cfr. MORALES, ADC (1980), 595.

(181) GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. y notas PEROZZI y BONFANTE, XXI (1898), pp. 69-71; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2.^a ed., II-2 (1882), § 327; DERNBURG, *Pandekten*, 3.^a ed., Berlín (1892), § 101; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II (1906), reproducción (1963), § 395, p. 697. Los postulados pandectistas influyen en el BGB, cfr. § 463.

(182) «Quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex emto teneatur; et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile, quae ignorabat asseverare. Inter hunc igitur et, qui scit, interest, qui scit, praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem» (D. 19,1,13,3).

En este pasaje se va a inspirar el Derecho común para formular la siguiente regla: «In dolo est qui aserit id quod ignorat» (183). Regla que conserva hoy interés en cuanto destaca una manifestación de la mala fe del vendedor.

Es oportuno utilizar esta regla para precisar mejor, de acuerdo con el Derecho histórico, el sentido de la mala fe del vendedor en el artículo 1.488. A la vista de su formulación histórica, se nos plantean en el Derecho actual dos cuestiones diferentes. Una, en torno a lo que podamos considerar afirmaciones del vendedor. Otra, sobre el significado de su ignorancia. Sobre cada una de ellas, vamos a insistir a continuación.

1. Hay que valorar en primer lugar el sentido de las afirmaciones del vendedor. Para que el vendedor responda del contenido de una afirmación inexacta hará falta que la haya atribuido por sí mismo a la cosa, de manera que, aunque la información transmitida se la hubiera suministrado otra persona, él la haga suya y la ofrezca como tal al comprador.

Por eso, el vendedor no responderá si se limita a transmitir la información ajena de que dispone, advirtiendo esa procedencia. Por ejemplo, los informes ofrecidos por el fabricante del objeto vendido, o la información que le ofreció la persona de quien adquirió la cosa, o determinados informes técnicos o periciales que conoce. Mas para ello será preciso que la información transmitida sea verdaderamente ajena y no esté elaborada por personas de las que deba responder el vendedor.

Además de esa procedencia, el vendedor debe ignorar justificadamente (esto es, habiendo utilizado la diligencia mínima que, según su condición, le sea exigible en inquirir el estado de la cosa) la inexactitud de la información transmitida, pues, en otro caso, ese conocimiento permitiría apreciar un comportamiento, si no doloso, al menos negligente, en el conocer. Para ello es importante tomar en cuenta la condición del vendedor (ej., comerciante habitualmente dedicado a ese género de mercancías) y las posibilidades de que por su condición la anomalía le sea manifiesta.

2. Pasemos ahora a la segunda cuestión. ¿Cómo ha de entenderse la ignorancia del vendedor? En el modo de entender la ignorancia está la clave para delimitar el alcance de la regla.

Existen dos modos posibles de interpretarla: uno de carácter objetivo, que entiende la ignorancia como conocimiento inexacto de lo afirmado, sin entrar a discernir la circunstancia de que tal inexactitud sea perceptible o no por quien afirma. Así respondería, incluso el vendedor que hizo afirmaciones en base a un error excusable; por ejemplo, se ha basado en un autorizado dictamen pericial que previamente solicitó. Mas la ignorancia a que se

(183) HERMOSILLA, *Additiones*, P. 5,5,63, n. 6, II (1726), p. 852. P. 5,5,23, glosa 3 y 4, n. 19 y 20; P. 5,5,18, n. 6 y 27.

refiere el aforismo latino con toda probabilidad significa otra cosa: que el vendedor es consciente de su ignorancia cuando hace la afirmación y conoce, por tanto, la posibilidad de que tal afirmación, hecha en términos absolutos, sea inexacta, o que si no es consciente de ello, ha incidido en un error inexcusable al creer que es exacto el contenido de su afirmación.

Valorar de un modo o de otro la ignorancia conduce a dos interpretaciones completamente diferentes del aforismo. Si se interpreta en el primer sentido, el vendedor (y generalizando, cualquier contratante) responderá de sus afirmaciones en torno a la cosa al margen de la culpa. Si lo interpretamos en el segundo sentido, la responsabilidad se justifica en base a la conducta gravemente negligente del vendedor, al hacer afirmaciones temerarias en torno a la cosa. Entre ambos sentidos, el segundo es el que mejor se acomoda al espíritu del texto de Ulpiano anteriormente transcrito, y, por tanto, al significado histórico de la regla extraída del mismo. Y como hemos dicho hace un momento, puede muy bien servirnos para explicar una posible manifestación de la mala fe en el párrafo 2.º del artículo 1.488 de nuestro Código civil.

Queda, sin embargo, en pie una cuestión. ¿Es forzoso acudir al dolo (como criterio de imputación de responsabilidad), como se hace en el Derecho Romano y en el Derecho Común y como parece incluso hacerse en nuestro Código civil (arts. 1.486, 1.487, 1.488), para imputar responsabilidad al vendedor por sus afirmaciones inexactas acerca de la cosa? ¿No es posible llegar al mismo resultado (aun tratándose de una venta específica) en base a la fuerza vinculante de las propias afirmaciones del vendedor, como, sin excluir la anterior vía, intentaron poner de manifiesto los humanistas franceses? De esta cuestión esperamos tratar con detalle en un posterior estudio, por eso nos limitamos aquí a plantearla.

d) RESPONSABILIDAD FUNDADA EN LA IMPERICIA.

Imperitia culpa adnumeratur

En las Reglas de Derecho del Digesto se equipara la impericia a la culpa: «*Imperitia culpa adnumeratur*» (184). Este principio lo encontramos aplicado en otros textos.

Por ejemplo:

A propósito del caso en que alguien ha recibido, para tornear, una copa, que rompe por impericia, ULPIANO considera que es responsable.

«*Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur*» (185.)

(184) D. 50,17,132.

(185) D. 9,2,27,29.

En un caso parecido en el que el artífice ha recibido una piedra preciosa para engastarla o esculpirla y se ha roto, piensa el mismo autor que el artífice no responde si la rotura se hubiera debido a vicio de la materia, pero responderá si proviniera de su impericia.

«Si gemma includenda aut insculpenda data sit ea que fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit» (186.)

En otro texto utilizará ULPIANO, siguiendo a CELSO, esta misma regla de equiparación de la impericia a la culpa en arrendamientos, no ya de obra, sino de servicios; concretamente, si alguno tomó en arrendamiento el apacentar becerros, o el remendar o pulir alguna cosa.

«Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo Digestorum scripsit, si quis bitulos pascendos, vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, et quod imperitiam peccavit, culpam esse, quippe ut artifex inquit conduxit» (187).

En otro lugar, por fin, se aplica la misma regla, sin enunciarla ni hablar de impericia, haciendo responsable al constructor de un canal que se pierde por vicio de la obra (188).

La equiparación de la impericia a la culpa tiene sentido, ante todo, dentro del contrato de arrendamiento de obra o de servicios, en cuanto que en ambos existe una obligación de hacer. Sin embargo, la generalización de la regla que se hace dentro del propio Digesto, va a permitir ensanchar más tarde su ámbito de aplicación e incluso trasladarla a la compraventa.

La impericia del comerciante-vendedor.

El ejercicio de la profesión de comerciante, como la de fabricante, fue considerado en otra época motivo especial de imputación de responsabilidad por las mercancías vendidas defectuosas. Esta responsabilidad era consecuencia de un modo de concebir la profesión. Al comerciante se le exige cierto nivel de conocimientos de las mercancías a cuyo comercio se dedica para poder cumplir lo que su profesión le impone: Seleccionarlas adecuadamente; «no poner a la venta más que buenas mercancías» (189). Así concebido, el comerciante es un verdadero colaborador del cliente.

En abierta contraposición con la concepción anterior, se puede limitar la función del comerciante a la de un mero canal de distribución del producto, que compra y revende, sin asumir especiales responsabilidades profesionales en el desempeño de esta tarea. Pu-

(186) D. 19,2,13,5.

(187) D. 19,2,9,5.

(188) D. 19,2,62.

(189) POTHIER, Vente, n. 214.

diendo quedar, incluso, exonerado, por su condición, de la obligación legal de garantía o saneamiento por vicios ocultos.

¿Cuál de estas dos concepciones es la que procede defender hoy? No es posible, ni conveniente, inclinarse rotundamente por una ni otra, y se hace forzoso encontrar un punto de equilibrio, que valore las exigencias éticas de la profesión, en función del modo en que se desenvuelve normalmente en la sociedad actual; es decir, según lo que de ella hoy se exige y en atención a las posibilidades prácticas.

La concepción histórica de las obligaciones de la profesión de comerciante choca en la organización actual con delicados inconvenientes prácticos. La enorme diversificación de los productos que se ofrecen en cualquier rama del comercio, su acentuada complejidad técnica y hasta el mismo modo en que se presentan, hacen que escape hoy a los conocimientos y medios de que dispone un comerciante normal, la posibilidad de someter a un control riguroso las mercancías que vende (190). Así no es posible exigirle una buena selección, y su asesoramiento al cliente por fuerza será superficial, con meras orientaciones genéricas, o limitado a transmitir la información suministrada por el fabricante.

Con esto no quiere decirse que la condición de comerciante haya quedado vaciada de exigencias éticas en el momento actual. El comerciante en cuanto vendedor no debe quedar paradójicamente aliviado de las exigencias que en esas circunstancias impondría la buena fe a cualquier otro vendedor. Particularmente cuando esa venta se realiza a un no comerciante, consumidor. Con razón se ha sostenido que este tipo de ventas deben quedar fuera del Código de comercio y regirse por las reglas del Derecho común. Pero aún dentro del propio Código de comercio, el artículo 344 prevé la responsabilidad del «contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal».

Siendo así, ¿cuándo deberá responder un comerciante de los daños causados por el producto defectuoso que vende?

En primer lugar, como cualquier vendedor, cuando atribuye al producto vendido cualidades concretas que no tiene, pero que el comprador puede razonablemente esperar, u oculta los defectos del mismo que conoce y no sean de esperar... Los fallos de determinadas mercancías (marcas, series, tipos) en muchos casos no podrán ser detectados anticipadamente por el comerciante; pero

(190) «Los procesos de fabricación —señala Rojo— resultan desconocidos para el comerciante o comerciantes que intervienen en el proceso de ventas; el envoltorio y los precintos impiden las más de las veces un examen directo y personal, para el que —además— carecen por lo general de la preparación técnica necesaria. De un especialista el comerciante se ha convertido en un profano de las mercancías que vende». *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), 27.

cuando el fallo es reiterado, llegará a tener, por su posición, conocimiento del mismo. Entonces debe rechazar la venta del producto, o venderlo en condiciones en que sea tolerable el defecto, o advertir al cliente.

Cuando el comerciante reciba un encargo concreto del cliente, el ofrecer algún objeto como adecuado a lo encargado puede ser un modo de atribuir cualidades al mismo, por el que se deba responder.

La responsabilidad por lo afirmado, no ha de limitarse a las cualidades concretas atribuidas al objeto vendido, aunque sea ese el caso en que más claramente se percibe. En cada operación de venta que realiza un comerciante se reafirma su «prestigio comercial», lo que puede significar en modo tácito de atribuir un determinado nivel de calidad a sus productos.

En ocasiones, particularmente en determinados tipos de maquinaria, la actividad comercial no se limita a la venta de un producto, sino que va precedida de un asesoramiento técnico, para aconsejar al comprador el objeto más adecuado a sus necesidades. Este consejo podrá ser para quien lo presta fuente de responsabilidad, si el objeto recomendado es inadecuado a las exigencias del comprador, aunque en sí mismo considerado no sea defectuoso. En estos casos, al fijar las consecuencias de tal situación, no debe olvidarse que la venta y el asesoramiento componen una unidad comercial inextinguible, en virtud de la cual la suerte de aquélla podrá quedar afectada por la inexactitud de éste, como así mismo, la responsabilidad derivada de esa inexactitud deberá medirse tomando en cuenta los intereses suscitados por la fracasada venta.

Así, hemos señalado unos casos en los que el comerciante que vende una mercancía defectuosa responderá, y hemos rechazado la posibilidad de construir un criterio general de imputación de responsabilidad fundado en la condición de comerciante, porque en las circunstancias en que hoy ejerce su profesión, no siempre le es posible evitar poner en venta mercancías defectuosas. Mas este cambio de circunstancias no debiera significar una degradación de su función, una pérdida del sentido social de su profesión. Al comerciante debe exigírsele, incluso hoy, que seleccione sus productos; y de un modo particular, que evite poner en venta los que en su destino normal resulten peligrosos (ej., alimentos en mal estado).

La impericia del fabricante-vendedor.

La regla «imperitia culpa adnumeratur» ha sido históricamente utilizada para imponer a quien vende un producto defectuoso fabricado por él, el deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comprador. Aquí nos interesa tomarla en cuenta, en cuanto, utilizándola en el contrato de compraventa, se puede in-

ferir un criterio de imputación de responsabilidad, por culpa del vendedor.

Evidentemente, ese criterio se relaciona con un tema más general, el de la responsabilidad del fabricante, tema que, por los espinosos problemas de construcción que plantea y por sus significativas consecuencias sociales, en una época, como la nuestra, en que la mayoría de las operaciones de tráfico de bienes de consumo se refieren a objetos nuevos, preocupa intensamente a los legisladores, a los tribunales y a la doctrina. Pero es ésta una cuestión en la que ahora no vamos a entrar con la calma que exige su complejidad. Nos basta con destacar ese aspecto parcial de la responsabilidad por impericia del fabricante-vendedor, porque es el único que puede relacionarse con la cuestión de que se ocupa este trabajo.

El problema de la consideración de la impericia del fabricante en el contrato de compraventa: el ejemplo de la venta por el promotor o constructor-vendedor de pisos o locales terminados.

La responsabilidad por impericia del artífice es fácil de construir dentro del contrato de obra, pero choca con dificultades cuando entre el artífice y el adquirente no ha mediado esa relación, sino una compraventa. ¿Cómo, en un contrato de compraventa, con un esquema obligacional pensado para la enajenación y ajeno, por tanto, al proceso de fabricación (art. 1.445), cabe tomar en consideración la pericia en el hacer del fabricante, del constructor? ¿No parece ser ésta, a primera vista, irrelevante en su esquema obligacional?

Plantear la cuestión de la responsabilidad del fabricante vendedor es tanto como preguntarse si es posible desde la estructura del contrato de compraventa exigir responsabilidad por la impericia con que un sujeto actuó en el proceso de fabricación.

La cuestión es hoy de enorme interés, pues ha de reconocerse que en los casos, ciertamente no los más numerosos, en que un fabricante y un consumidor entran en contacto jurídico directo, sin insertarse otros eslabones en la cadena de la distribución del producto (por ejemplo, un guarnicionero vende las carteras que fabrica, un panadero vende en su establecimiento el pan que cuece, un promotor vende los pisos que edifica), lo hacen a través del contrato de compra-venta, habiendo perdido el contrato de obra el papel que pudo tener en la distribución de bienes dentro de la sociedad artesanal.

Entre nosotros, ha sido a propósito de la venta de pisos y locales por el constructor o promotor, donde con mayor reiteración se ha planteado ante los tribunales esta cuestión de responsabili-

dad (191). Quizá esta mayor litigiosidad en parte sea debida a los enormes abusos que se han producido en este campo y a la circunstancia de que el gran desembolso que el comprador ha realizado justifica su defensa procesal.

La escasez de plazos y la insuficiente protección que en este caso pueden brindar al comprador las acciones edilicias ha dado origen a una interesante dirección jurisprudencial que (sin perjuicio de que más tarde la estudiemos con mayor detenimiento) podríamos caracterizar por estos rasgos: El Tribunal Supremo no considera que la existencia de las acciones edilicias, con su limitada duración (art. 1.490) impida aplicar las reglas generales del derecho de obligaciones. Él las utiliza, manejando, de modo flexible, la idea de incumplimiento, para permitir la indemnización de los daños y perjuicios que reconoce el artículo 1.101 de nuestro Código civil; indemnización que puede llegar a consistir en la reparación *in natura*, o la resolución que admite el artículo 1.124. En ocasiones, a partir de la interesante sentencia de 11 de octubre de 1974, traslada al promotor-vendedor el sistema de responsabilidad que, para el contrato de obra, prevé, en caso de ruina, el artículo 1.591 de nuestro Código civil.

Aun que hay autores cuyo criterio parece coincidir con esta orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (192), la mayoría de nuestra doctrina, ha expresado sus más vivos reparos dogmáticos ante ese modo jurisprudencial de construir la responsabilidad del constructor o promotor vendedor. Lo cual no se opone a que se considere equitativo el resultado protector por ahí alcanzado (193) y hasta tal vez plausible el intento (194).

En estas críticas, más bien de carácter formal, van a surgir pos-

(191) El problema es tratado por CABANILLAS, con profusión de datos, en «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981) en este ANUARIO, ADC XXXV-3, a donde remitimos al lector que desee obtener información más amplia que la que aquí se ofrece, ceñida tan sólo a los aspectos que el desenvolvimiento de este trabajo ha exigido destacar. El hecho de que el trabajo de CABANILLAS se publique en este mismo número del ANUARIO ha dificultado las citas del mismo.

(192) CABANILLAS (ADC, XXXV-3) señala en esta dirección a: MULLERAT BALMAÑA, *La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos*, RJC (1978), 170; DEL ARCO PONS, *Derecho de la construcción* (1980), 289; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción. I. Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, vol. 1.º (1974), p. 218.

(193) Así, CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(194) «Todas las anteriores observaciones aconsejan, en último término, ponderar con mucha discreción la doctrina de las sentencias comentadas. Discreción no quiere aquí decir condena, pues no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio progresivo y atento a la evolución real de los problemas. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia examinada no cierra, antes bien, inicia un camino». CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores* (1976), p. 252.

turas de muy diferentes matices (195). Entre ellas, la más generalizada distingue dos supuestos: a) La venta de pisos por construir (sobre proyecto) o en construcción, y b) la venta de pisos ya terminados. Respecto a la primera modalidad de compra-venta, se admite, reconociendo su aproximación al contrato de obra, la aplicación de las normas de responsabilidad propias del mismo, particularmente la del artículo 1.591. Porque ahí la obligación no se agota en un «dar» (entrega de la obra), sino que ese «dar» va conexo a un hacer (para dar) (196) que hace del contrato un contrato mixto. En cambio, respecto de la segunda modalidad de compra-venta, la de pisos terminados, se rechaza en general la asimilación al contrato de obra y con ello la posible aplicación de su sistema de responsabilidad. Se señalan razones: No ha existido un encargo de construcción por parte del comprador, ni el promotor vendedor ha asumido la obligación contractual de construir. «El promotor-vendedor no actúa como contratista, sino exclusivamente como comitente o dueño del inmueble, que una vez terminado, va a enajenar a determinadas personas». «El contrato que celebra el promotor-vendedor con el comprador se desinteresa del proceso productivo» (197).

El constructor o promotor vendedor de un piso ya terminado responderá en consecuencia, tan sólo como tal vendedor. Esa es, al menos, la consecuencia a donde nos lleva la postura anterior. Mas con ello no han cesado las dificultades, pues aún dentro del contrato de compra-venta, es posible construir de diversos modos esta responsabilidad del promotor.

En un loable intento expansivo de la misma. ANTONIO CABANILLAS ha intentado justificar la aplicación, al lado de las acciones edilicias, de las reglas generales de responsabilidad contractual del artículo 1.101 y 1.124 de nuestro Código civil (198). Pero los argumentos que previamente se han dado a propósito de contrato de obra, hacen esta vía no menos problemática que la aproximación al contrato de obra. Para justificarla no basta (como a veces se cree), con admitir que las reglas especiales del saneamiento por vicios no excluyen la aplicación de las reglas generales, si al mismo tiempo, no se ofrece una *razón positiva* que justifique acudir a esas reglas generales, para hacer responsable, según ellas, al vendedor, por su impericia en la fabricación. ¿Y cómo será eso posible si se afirma que el contrato que celebra el promotor-vendedor con el comprador se desinteresa del proceso de producción? Los mismos obstáculos formales que en la venta de un piso o local terminado hacen que muchos autores no admitan la

(195) Véase CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(196) Véase CADARSO, *La responsabilidad...*, p. 249; CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

(197) Así resume CABANILLAS los argumentos. ADC, XXXV-3.

(198) CABANILLAS, ADC, XXXV-3.

aplicación de las reglas de responsabilidad del contrato de obra, porque el piso se ha vendido ya terminado y no hay razón para tomar en cuenta su proceso de fabricación; se oponen, de nuevo, al intento de aplicar las reglas generales de los contratos, para sancionar al vendedor por los defectos de la cosa consecuencia de su mal hacer.

Estos criterios mantenidos por la doctrina a propósito de los pisos o locales son susceptibles de generalización al resto de los objetos que venda directamente un fabricante; con la particularidad de que, fuera de la construcción, en donde la venta anticipada facilita la financiación y suele ser frecuente, el fabricante acostumbra a ofrecer sus productos ya terminados. Decir que en estos casos, los más numerosos, el fabricante-vendedor no responde, porque, al ofrecer la cosa ya terminada, la venta realizada no puede tomar en cuenta el proceso de fabricación del objeto, supone excindir en el plano jurídico lo que en el plano económico se nos ofrece en conexión. Con la trascendental consecuencia de que, en el proceso de distribución de los bienes de consumo, la cualidad de fabricante que ostente el vendedor no tendrá relevancia a la hora de medir su responsabilidad.

Los efectos pueden ser tan graves que es preciso hacer un replanteamiento de la cuestión para intentar buscar vías de solución a la misma, superando los obstáculos formales que se invocan.

Justificación histórica de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

Nos interesa ahora conocer los criterios seguidos por la doctrina anterior al Código para justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor.

GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.408 del Proyecto de 1851 (en el que se inspira nuestro 1.486) tuvo ocasión de plantearse el problema en unos términos muy próximos a los que hoy nos ofrece nuestro Código. En ese comentario nos dice:

«La justicia dicta que se haga alguna diferencia entre el vendedor de buena y de mala fe...

Es opinión corriente (y yo lo admito), que la ignorancia del defecto no excusa al vendedor de buena fe de resarcir los daños y perjuicios cuando por razón de su arte u oficio debía conocerlo, *quia imperitia culpa adnumeratur*, según la 132 de *Regulis Iuris*: No saber lo que por su arte, oficio o profesión se debe saber, tiénese por culpa: El vendedor en tales casos *spondet peritiam artis*, y es responsable de la bondad de su obra para el uso a que naturalmente es destinada. Ejemplo:

Un tonelero de oficio me vende sus toneles, ignorando que eran defectuosos: yo encierro vino en ellos y se me derrama o pierde por causa de los defectos: el vendedor responderá como si los

hubiese conocido: Lo mismo será si por la mala calidad de la madera el vino encerrado en los toneles ha tomado mal sabor o gusto» (199)

Nuestro autor se ha inspirado en una dirección de la doctrina francesa anterior que, partiendo de MOLINEO, prosigue en DOMAT y culmina en POTHIER. Particularmente será este último quien más directamente influya en GARCÍA GOYENA. Esta fuente de inspiración hará que para nosotros tenga especial interés el estudio de esos autores.

A continuación vamos a intentar exponer brevemente la opinión de cada uno de ellos.

MOLINEO, al plantearse la cuestión, a propósito del comentario a una constitución de Justiniano recogida en el Codex (200), la resuelve así:

«En el caso de que el fabricante de vasijas o tinajas las venda o alquile para recibir y conservar esencias, vino u otro líquido y éste se derrame por vicio de las mismas, queda obligado, más allá de la remisión o restitución del precio o de la renta, en la cantidad en que se estime lo que ha perdido, aunque exceda en diez o treinta veces al precio o renta del vaso. Y ello, a pesar de que el vendedor o arrendador no se hallase en dolo, sino fuera simplemente ignorante; y aunque no hiciera afirmaciones expresas acerca de la integridad del vaso» (201).

Dos textos del Digesto le han servido de punto de partida, a pesar de que en ninguno de ellos se considera la responsabilidad del artífice. El uno se refiere a la venta de una vasija a la que el vendedor atribuye cierta medida o perfección (202). El otro al arrendamiento de este tipo de objetos, cuando son defectuosos, así como al de fondos en los que se críen malas hierbas (203).

La responsabilidad del artífice, inspirada en el fabricante de vasijas o tinajas, llega a construirse con carácter general (204), justificada en dos tipos de razones, que, aunque aparezcan mezcladas en MOLINEO, conviene separar, para su mejor comprensión.

En primer lugar, la idea de que en estos casos en que la venta la hace un profesional, la idoneidad e integridad del objeto para el uso a que se destina se afirma tácitamente por el vendedor (205).

(199) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III (1852), 399.

(200) (C. 7,47).

(201) MOLINEO, *Tractatus de eo quod interest*, Coloniae Agrippinae (1597), n. 49.

(202) D. 19,1,6,4.

(203) D. 19,2,19,1. Vid. P. 5,18,14.

(204) «Sic non est speciale in vasis, sed etiam in omnibus, in quibus eadem est ratio». MOLINEO, *op. cit.*, n. 51.

(205) Idea de pacto tácito, que sugiere MOLINEO en los siguientes términos: «Cum enim vasculariam profiteatur, sive vasa cudat, sive ab aliis facta vendat, et si hanc artem, vel negotiationem exercendo, si non semper expresse, saltem

Esta construcción de lo que el vendedor, *ipso facto et ex professo* afirma tácitamente, le va a permitir asimilar el problema que estudia a ese otro resuelto en el Digesto, referente al vendedor que, sin malicia, asegura cualidades que la cosa no tiene (206). Gracias a esa asimilación, podrá aplicar la misma solución, hacer responsable al vendedor.

Es obvio que la idea de un pacto tácito ha permitido construir desde el contrato de compraventa la responsabilidad del fabricante vendedor, por los daños causados por los defectos de la cosa. El pacto se conecta directamente al hecho de la profesión que tiene el vendedor (207) y a la confianza que públicamente suscita su ejercicio (208).

Sin embargo, la idea de que el vendedor, por ser el fabricante de la cosa, garantiza la idoneidad e integridad del objeto para el uso al que naturalmente se destina, es una idea incompleta que por sí sola no basta para imputarle responsabilidad. La base de la responsabilidad de quien expresamente ha atribuido a la cosa cualidades que no tiene, es la culpa que comporta el hecho de hacer esa afirmación temeraria. Así se destaca en el pasaje del Digesto en que se inspira MOLINEO (209) y se resalta con énfasis en el Derecho común (210). Pero una culpa así, por temeridad en la afirmación, no se da en nuestro caso. No hay afirmación expresa del vendedor, ni siquiera tácita, pues no existe una conducta que, de modo concreto y en relación con el negocio que se celebra, ponga de manifiesto su voluntad de afirmar o asegurar determinadas cualidades en la cosa; como si a las preguntas del comprador respondiera con un silencio expresivo. Hay ciertamente un comportamiento social, el ejercicio de una profesión capaz de engendrar confianza en el comprador y justificar la consideración de ciertas cualidades de la cosa en el contrato. Pero ese comportamiento no es bastante para construir la responsabilidad del vendedor en base a una supuesta temeridad de una promesa tácita desenvuelta a través del mismo.

Por eso, Molineo se ve forzado a desenvolver aquí una idea «sui generis» de culpa, revestida de especiales matices, a través de la cual puede explicar la responsabilidad del fabricante-vendedor (211). Está directamente unida a la cualidad de artifice, atendiendo a las exigencias de su profesión. Ella explica la exis-

semper tacite ipso facto, et ex professo affirmat vasa ad usum, ad quem prostant, venum, vel elocantur idonea et integra esse». MOLINEO, *op. cit.*, n. 49.

(206) D. 19,1,13,3.

(207) «Affirmatio ... tacita resultans ex professione sua». MOLINEO, *op. cit.*, n. 5.

(208) «De qua publice confidendum est».

(209) «Hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem». D. 19,1,13,3.

(210) «In dolo est, qui asserit id quod ignorat».

(211) «Causa(m) ex qua vascularius obligatur ad interesse totius efussi liquoris, est enim culpa», MOLINEO, *op. cit.*, n. 49.

tencia de una afirmación tácita y genera responsabilidad por la inexactitud de lo tácitamente afirmado por el vendedor. Pues aunque el artífice ignorara el defecto de la cosa, debía conocerlo (212): «Fuit enim in culpa errando in arte et professione sua, et alios decipiendo» (213)

Esta construcción, aunque utilice los textos del Corpus Iuris, se separa de ellos, aportando elementos nuevos. Por ello, a MOLINEO se le plantea el problema de su justificación. Es interesante advertir cómo en este intento busca apoyo en las exigencias de la propia organización social, impuestas por la justicia natural: «Rei publica exit ut teneantur, si vel ignoranter peccem in arte, vel professione sua, alios damnificando, quod etiam ipsa naturales justicia dictat» (214).

La opinión matizada de MOLINEO, contrasta con la concisión y esquematismo con que se expresa DOMAT (215). Para este autor, el conocimiento de los vicios de la cosa obliga al vendedor a responder de las consecuencias que los mismos hayan podido ocasionar. Lo mismo ocurre si el vendedor estaba obligado a conocer los defectos de la cosa vendida, aunque pretenda haberlos ignorado; así, el arquitecto que suministró los materiales para un edificio, si los suministró en mal estado, responde de los daños que sobrevengan (216). En el esquematismo de DOMAT hay una idea, cuyo alcance no nos precisa, pero que de nuevo repite: El deber de diligencia del profesional.

POTHIER, un siglo más tarde, vuelve sobre el mismo problema. La regla es que el vendedor de buena fe queda exonerado de la responsabilidad (del deber de indemnización) por los defectos de la cosa. Como excepción a esta regla, presenta el caso del artífice que vende los trabajos de su propio arte: «Aun cuando hubiese ignorado absolutamente el vicio de la cosa vendida», está obligado «a la reparación del consiguiente perjuicio que el vicio oculto ha causado al comprador en sus restantes bienes» (217).

Para justificar la responsabilidad sugiere una razón previa al contrato de compraventa, que se proyecta en él: «Nadie puede profesor públicamente un arte si no reúne todos los conoci-

(212) «Scire debet fore». MOLINEO, *op. cit.*, n. 49. Cita algunos pasajes del Digesto (D. 1,18,6; D. 9,2,8; D. 19,2,9,5).

(213) MOLINEO, *op. cit.*, n. 51.

(214) MOLINEO, *op. cit.*, n. 50.

(215) Parece ser que DOMAT ignora el *Tractatus de eo quod interest*, de MOLINEO, así, LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese* (1969), p. 63.

(216) DOMAT, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, París (1767), lib. I, sect. XI, n. 7.

(217) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 214, en *Oeuvres*, ed. Siffrein, III (1821).

mientos necesarios para ejecutarlo como corresponde» (218). Esa regla proporciona de forma flexible al contrato una medida especial de responsabilidad («spondet peritiam artis»), cuyo efecto es hacer responsable al artífice, «para con todos aquellos que contratan con él, de la bondad de *sus trabajos* para el uso a que son *naturalmente destinados*». La ignorancia de los defectos no sirve para disculparle (219).

Puede bastarnos la referencia a estos autores para recoger una tradición histórica (220) que se hace presente en el momento de nuestra codificación a través de los comentarios de GARCÍA GOYENA,

Para concluir, destacaremos lo que nos parece más importante en su aportación: El carácter, que hoy podríamos denominar de orden público, con que se concibe la responsabilidad del artífice, del profesional, que viene a ser así una exigencia de la propia organización de la sociedad. Recordar esto será muy importante para evitar que los prejuicios formales o dogmáticos de la doctrina puedan servir para crear una exoneración de responsabilidad.

Construcción de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

Después de haber destacado, en la exposición de la antigua doctrina, lo que puede justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor, intentaremos, a continuación, hacer una exposición crítica de las posibles maneras de construirla, de modo que pueda operar dentro de la compraventa.

1. *La presunción de conocimiento.*

Aunque nuestro Código civil no aluda en su regulación de los vicios ocultos al supuesto de responsabilidad del fabricante-vendedor, ésta se ha intentado construir por algún sector de la doctrina, presumiendo que el fabricante que vende un objeto defectuosamente fabricado por él, conoce los vicios del mismo y debe

(218) Esta regla, como hemos señalado ya, tiene en la doctrina de la época un matiz de exigencia pública. Cfr. D'ANTOINE, *Les Regles du Droit Civil*, Bruselas (1742), pp. 325-327, en donde comenta la regla «imperitia culpa adnumeratur».

Conviene recordar que POTHIER conoce y utiliza en este punto el tratado de MOLINEO; se inspira en él. Lo demuestran las abundantes referencias al mismo.

(219) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 163.

(220) Entre los Pandectistas, por ejemplo, no se extraerán las mismas consecuencias de D. 19,1,6,4 y D. 19,2,19,1 que extrajera MOLINEO. WINDSCHEID, por ejemplo, se limita a admitir la posibilidad de que la «promesa» de ausencia de vicios sea «tácita». *Lehrbuch des Pandektenrechts*, bearbeitet von T. KIPP III (1906), § 393, nota 2, p. 685. Nos queda la duda de si justificaría en una promesa tácita la responsabilidad del fabricante.

indemnizar al comprador daños y perjuicios, a tenor del artículo 1.486-II. De este modo se intenta apoyar esta responsabilidad en las previsiones de responsabilidad que el Código tiene para los daños causados por los vicios de la cosa.

«Para poder aplicar el artículo 1.486-II C. c., dice ROJO, es menester que el vendedor tenga conocimiento de los vicios y no los haya manifestado al comprador. El legislador hace depender la acción de indemnización de daños y perjuicios de una irregularidad en la conducta del vendedor, próxima a la mala fe. Ciertamente, la exigencia de este requisito limita sensiblemente la protección del adquirente» (221). Por eso propone una «interpretación progresiva» del artículo 1.486-II C. c., que justifica así: «La profesionalidad del vendedor, en particular, del vendedor-fabricante, debe ser argumento suficiente para legitimar la presunción de conocimiento de los vicios o defectos. Presunción que —urge advertirlo— podrá ser desvirtuada por el vendedor fabricante. La buena fe permite la exoneración, del mismo modo —y en las mismas condiciones— que sucede en el caso de responsabilidad extracontractual» (222).

Una idea parecida había sostenido anteriormente entre nosotros MUCIUS SCAEVOLA en su comentario al artículo 1.486 del Código Civil pero limitándose a construir la presunción de dolo como simple presunción de hecho. Comienza este autor por recordarnos cómo para POTHIER se presume el dolo cuando el vendedor ha debido conocer el vicio de la cosa por razón de su profesión. Esta opinión suscita en él la siguiente crítica: «Como es sabido el dolo no se presume legalmente, hay que demostrarlo. Las reglas de Pothier son pues estimables como deducciones de sana lógica siempre y cuando no se trate de constituir las en criterio general. Sobre cuándo y cómo se podrá asentar la presunción de dolo es indispensable atenerse a las circunstancias particulares de cada caso, aplicando los preceptos contenidos en los artículos 1.249 y siguientes» (223).

Una construcción así de la responsabilidad del fabricante vendedor, basada en la presunción de conocimiento psíquico de los defectos de fabricación de la cosa, aunque en algún modo suponga un intento protector del comprador, plausible, no deja de ofrecer ciertas reservas:

1) Aunque parece inspirarse en Pothier, no recoge el verdadero sentido y todas las posibilidades que ofrece esta tradición histórica.

2) Si se construye como presunción *iuris tantum*, ¿cómo apoyar en nuestro Código Civil esa presunción?

(221) ROJO, A., *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), p. 289.

(222) ROJO, A., *Op. cit.*, p. 290.

(223) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XXIII (1906), pp. 622-623.

3) Si se concibe como presunción *facti*, queda sometida a la apreciación de los tribunales, y las ventajas protectoras que pueda ofrecer al comprador son más ambiguas, menos ciertas.

4) Aún concebida como presunción *iuris tantum*, siempre sería posible enervarla, demostrando que el vendedor, pese a ser fabricante, no conocía los vicios de la cosa. Demostración en muchos casos no difícil de practicar, debido a la complejidad de los modernos procesos de fabricación y a lo costoso de una exhaustiva verificación del producto.

2. *El deber de conocer los defectos de la cosa*

También se ha justificado la responsabilidad del fabricante-vendedor, en base a un deber de conocer las anomalías de la cosa, que sean consecuencia de su defectuosa fabricación. ¿Qué significa, qué sentido tiene ese deber de conocer? A esta pregunta podemos contestar de dos modos diferentes.

El deber de conocer del fabricante vendedor puede concebirse como una consecuencia de su condición de perito, a la cual no puede sustraerse en el momento de celebrar el contrato de compra venta. En este caso, en verdad, no se toma en cuenta la condición de fabricante, el hecho de haber fabricado el objeto vendido, sino tan sólo que el vendedor es un perito que puede fácilmente descubrir los defectos de la cosa. Y, efectivamente, así puede ocurrir en muchos casos, en los que será posible tomar en cuenta este criterio de imputación de responsabilidad del que hemos hablado en páginas anteriores.

Con frecuencia, además, el hecho de que el vendedor sea perito no permitirá afirmar que pudo descubrir fácilmente los defectos de la cosa, y no tendremos más remedio que cuestionar su responsabilidad o fundarla, directamente en los defectos de fabricación.

En esta nueva dirección, el deber de conocer tendrá un sentido distinto, apartado del conocimiento psicológico. Considerada la cualidad de fabricante que ostenta el vendedor como fuente de responsabilidad, servirá para establecer un modo ficticio de imputación de la misma, capaz de funcionar dentro del contrato de compra venta (art. 1.486 II).

Quizá sea eso lo que la doctrina histórica ante todo pretendió resaltar: que el vendedor fabricante no puede exonerarse de responsabilidad por el hecho de ignorar los defectos de la cosa vendida. Ya que, como fabricante de la misma, por imponerlo así la propia organización social, debe responder ante el comprador de sus defectos.

3. Insuficiencia del criterio de la culpa.

El que en la doctrina histórica se construya la responsabilidad del fabricante-vendedor en base a la «culpa» (por equiparación de la impericia a la culpa) y no se acuda al mero hecho de la fabricación defectuosa, tiene una doble explicación:

En primer lugar, porque en el Derecho Común, por influencia del Derecho Romano la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa (fuera de las acciones edilicias), sólo se justifica en razón de una promesa formal (*stipulatio*) caída progresivamente en desuso, o en el dolo del vendedor progresivamente ensanchado. Todavía hoy las reglas de nuestro Código civil en materia de saneamiento (no así la interpretación que exige el sistema) reflejan las huellas de esta concepción, en la que se desconsidera el papel que en el nacimiento de la responsabilidad pueda tener la promesa del vendedor (aún sin forma), las meras afirmaciones que susciten confianza en el comprador o, simplemente, el haber fabricado el objeto.

La otra explicación que puede darse, en segundo lugar, es que en el tipo de sociedad en que esta regla de responsabilidad se utiliza (la sociedad artesanal), los defectos de fabricación se deben a la impericia del artífice. Por ello, la regla «imperitia culpae adnumeratur» basta para imputar responsabilidad de un modo generalizado al fabricante vendedor, y, quizá por ello, la doctrina no se esforzara por buscar otras vías de imputación.

Pero hoy no ocurre del mismo modo. No ya por la mayor complejidad de los modernos procesos de fabricación, porque esa complejidad, por sí misma, no alteraría la regla si sólo supusiese colocar en cotas más altas las exigencias de cualificación técnica del artífice. Más bien es por el hecho de que en el sistema actual de producción en cadena es prácticamente imposible eliminar el riesgo que de un determinado producto de esa cadena, escapando incluso a un control razonable, sea defectuoso o no responda a la calidad media de los demás. Y porque en muchos casos ni siquiera se puede atribuir el daño causado por el producto a fallos del proceso de fabricación. Esto significa que la pericia en la fabricación no garantiza en el sistema actual la perfección del objeto y, por tanto, que la impericia no permite ya imputar siempre al fabricante los defectos del producto. Si se desea que el fabricante-vendedor responda, habrá que acudir a otros criterios de imputación de responsabilidad.

Añádase a lo anterior otra característica de la etapa actual, que también contribuye a desdibujar la construcción de la responsabilidad del fabricante, fundada en la culpa. Es la excisión, dentro de la moderna gran empresa de producción, entre la condición de técnico y la de empresario; a diferencia de lo que ocurrió y ocurre, en la medida en que subsiste, en la empresa artesanal. Tal exci-

sión es debida a la estructura misma del sistema capitalista, pero la honda transformación experimentada en el campo tecnológico ha podido servir para acentuarla. La complejidad de los conocimientos técnicos que necesita la empresa actual de producción ha impuesto una especialización en el seno de la misma, acentuando la disociación entre técnicos y empresario. ¿Cómo seguir explicando en estas circunstancias la responsabilidad del empresario por actos de sus auxiliares, en base a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, cuando el empresario ya no está capacitado para elegir o vigilar? La responsabilidad del empresario, o queda sin apoyo jurídico que pueda justificarla, considerando que el Código civil se limita a recoger un precipitado histórico propio de la sociedad artesanal, o hay que construirla de otro modo.

Se acentúa todavía más la insuficiencia del criterio de la culpa si se advierte que la tecnología a ciertos niveles, por su propia complejidad y por la exigencia impuesta por su constante evolución, ha quedado fuera de la propia empresa de producción. Se ofrece a la empresa, desde fuera, sin que ella pueda en muchos casos prever la incidencia de la misma sobre el producto salido de su control. La tecnología es así ofrecida y controlada por empresas especializadas en ella.

Hoy, insistimos, resulta insuficiente el criterio de la impericia, es decir, el criterio de la culpa en el proceso de fabricación, para justificar la responsabilidad del fabricante-vendedor, y se hace necesario buscar otras razones. Hay que destacar la fuerza obligatoria del propio contrato, superando las dificultades dogmáticas que puedan provenir de que no existe una obligación de hacer (así en la venta de un objeto ya fabricado) o del carácter específico de la obligación. Esto es, precisamente, lo que intentamos hacer en el apartado siguiente, revisando la propia calificación del contrato, como compraventa, para resaltar su aproximación funcional al contrato de obra.

*El problema de la calificación del contrato:
consideraciones generales.*

Las dificultades para construir la responsabilidad del fabricante dentro de la compraventa, en parte pueden evitarse destacando en ese contrato los elementos que le aproximan al contrato de obra.

Siempre que, en base al juego de la autonomía de la voluntad, los particulares celebran algún contrato, surge el problema jurídico de su calificación en relación con los tipos contractuales recogidos en la Ley.

La función calificadora es necesaria por dos razones:

Primero, porque los límites imperativos a la autonomía de la

voluntad pueden establecerse tanto en las reglas generales de las obligaciones y contratos como, con carácter especial, dentro de las reglas especiales de un determinado tipo contractual. La calificación del negocio concreto celebrado por las partes es, en este caso, una exigencia ineludible de la aplicación del derecho imperativo y presupuesto de delimitación concreta del ámbito de la autonomía de la voluntad. Segundo, porque las normas dispositivas legales que han de integrar las insuficiencias de cada contrato, están agrupadas y sistematizadas por figuras contractuales típicas. No es posible practicar su oportuna aplicación sin calificar el pacto celebrado.

La función calificadora se nos ofrece así como una exigencia de la aplicación del Derecho.

Esa función de relacionar lo querido por las partes con un sistema de figuras contractuales tipificadas por el Derecho obliga a realizar un doble proceso de interpretación. Por ello, puede afirmarse que la calificación de un contrato es fundamentalmente una tarea interpretativa. Hay que interpretar el contrato, la voluntad de los contratantes, a fin de establecer la finalidad perseguida por las partes a través del mismo. Hay que interpretar también las normas jurídicas que configuran los distintos tipos normativos para buscar, en base a la función que cada uno prevé, el que se acomoda a la finalidad perseguida por el negocio. Y si ello no fuera posible, construir mediante la conexión de reglas, una norma adecuada a la finalidad del negocio concreto (224).

En la calificación de un contrato, no siempre es posible llegar a establecer su total identificación estructural con un determinado tipo legal. Ello es debido, fundamentalmente, al libre juego de la autonomía de la voluntad y a la concreción de los intereses que en cada caso se han puesto en juego. Pero, además, a la osificación experimentada por el tipo legal; recogiendo siempre un precipitado histórico, no evoluciona al ritmo de las necesidades de cada momento (225). Por ello, puede afirmarse que lo normal en la práctica de la contratación será encontrarnos con negocios que aunque no puedan considerarse completamente atípicos tampoco sean plenamente encajables en un concreto tipo legal. De ahí, que no falte razón a Dualde al decir: «Todos los contratos son mixtos, tanto los atípicos como los típicos». Afirmación que aunque pueda parecer exagerada advierte de un peligro: Hay negocios a los que por su aparente tipicidad se les aplica una calificación

(224) Cfr. CASTRO, *Negocio Jurídico* (1967), pp. 54-55.

(225) Se crea así lo que se ha denominado una tipificación social de los contratos, resultado de los usos sociales, que ha permitido a la doctrina contraponer una «tipicidad legislativa» y una «tipicidad social». Sobre este extremo, introducido entre nosotros por JORDANO BAREA, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, n. 268; CASTRO, *Negocio jurídico* (1967), p. 207; GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona (1979), p. 22.

sin tomar en cuenta determinadas peculiaridades, que aunque no transformen esencialmente su naturaleza deben ser consideradas al establecer su complejo régimen jurídico; que merecen, por tanto, ser, en parte, separados del tipo en el que mecánicamente, atendiendo sólo a sus elementos externos, se les pudiera clasificar.

El peligro ha sido advertido por CASTRO al estudiar la construcción dogmática del negocio sobre cosa futura. Allí dice: «Al considerarse la venta de cosa futura como un tipo específico de compraventa, sometido por ello a un régimen jurídico común e igual, se desconoce con esto la naturaleza compleja o mixta de contratos cuyo objeto se ha calificado de cosa futura. Naturaleza que tendrá propia y variada repercusión en las relaciones entre las partes tanto como respecto de terceros» (226).

No son estas breves notas de encuadre el lugar para detenerse en una consideración general de los contratos atípicos, pero sí de llamar la atención, como venimos haciendo, de la complejidad que acompaña siempre a la calificación jurídica de un contrato. La doctrina intenta simplificar esta tarea calificando a aquellos contratos más frecuentes en la vida social, que no regula unitariamente la Ley, y señalando determinados criterios generales para calificar. Pero todo ello aunque puede ser considerado un útil instrumento que sin duda merece ser tenido en cuenta, no debe hacernos olvidar que el proceso de calificación del contrato es esencialmente una tarea interpretativa, en la doble dimensión señalada de interpretación de la voluntad y del derecho aplicable, y que, como tal, tiene que efectuarse en cada caso concreto, tomando en consideración todas las circunstancias.

Aproximación de la compraventa realizada por el fabricante al contrato de obra.

Las dificultades para construir la responsabilidad del fabricante, dentro de la compraventa en parte pueden evitarse, destacando en ese contrato los elementos que le aproximan al contrato de obra

El Código Civil no ha tenido en cuenta las particularidades y problemas concretos que plantea la venta de un objeto nuevo, fabricado por el propio vendedor. Las reglas sobre las acciones de saneamiento (redhibitoria y estimatoria) o sobre indemnización por los defectos de la cosa vendida, pueden ciertamente trasladarse a este tipo de venta, y en este sentido hemos señalado ya los intentos realizados por la doctrina. Pero no bastan, porque no tienen en cuenta la especialidad del supuesto de hecho. Por ello, podemos señalar la insuficiencia del modelo legal de com-

(226) CASTRO, *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, ADC (1976), p. 1151.

praventa y la necesidad de operar bajo una aproximación al contrato de obra.

Una nítida separación entre la venta y el contrato de obra es fácil de imaginar en un modelo de sociedad artesanal, en el que los objetos se fabrican normalmente por encargo del adquirente. La compraventa contemplará las adquisiciones de objetos ya usados, fondos, productos naturales, etc. El contrato de obra, las de productos fabricados por encargo del adquirente. Con ello, los problemas derivados de los defectos de fabricación y la correspondiente responsabilidad del fabricante serán considerados en el contrato de obra.

Esta separación entre la responsabilidad del vendedor y la del constructor, por los defectos de la cosa, se hace más difícil de concebir cuando, como ocurre en el momento actual, el fabricante fabrica, en serie y fuera de todo encargo, los productos que luego enajena. El objeto se enajena ya fabricado sin tomar en cuenta el proceso de fabricación. Este hecho justifica la desconsideración de ciertas reglas del contrato de obra, que no resultan oportunas: todas aquellas que se refieren a la relación entre el comitente y el empresario durante el proceso de fabricación del objeto. Pero no impone la exclusión total de las reglas del contrato de obra.

El hecho de que se califique como venta la enajenación del fabricante de su propio producto, no la asimila a la venta típica y no impide que se utilicen para su regulación algunas normas contenidas en el contrato de obra, para, armonizándolas con otras propias del contrato de compraventa, construir la regla negocial adecuada al caso.

Cuando el fabricante vende un determinado producto ya fabricado, no puede surgir una obligación de hacer, relativa a la construcción de la cosa, como es propio del contrato de obra, porque la cosa ya está fabricada; pero ello no permite olvidar que esa cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmitiva equivalente a la que se daría en ese caso de haber mediado un contrato de obra. De ahí se desprende una consecuencia: Las anomalías de la cosa (en función de lo explícita o implícitamente pactado) que puedan relacionarse con su fabricación, son imputables al fabricante vendedor; como si se tratase de un contrato de obra en el que el constructor hubiera incumplido, en cuanto al resultado final, su obligación. Lo cual produce los siguientes efectos prácticos:

1.º Podrá imponerse al vendedor la obligación de reparar los defectos de la cosa que fabricó. Esta obligación es extraña al contenido normal de la compraventa, aunque en algunos casos pudiera justificarse por vía de indemnización; pero aquí resulta oportuna por la asimilación al contrato de obra. Además puede

ser útil, si sólo el fabricante cuenta con los medios tecnológicos para reparar la cosa.

2.º Permite aplicar de modo traslaticio la responsabilidad que las reglas generales del derecho de obligaciones prevén en los casos de incumplimiento.

3.º Hace jugar, al valorar la responsabilidad, el incumplimiento de las reglas del arte, establecidas por la ley o por los usos; naturalmente, poniéndolas en relación con la oferta.

4.º Permite aplicar a las ventas de edificaciones la regla especial de responsabilidad del constructor, prevista en el artículo 1.591 del Código civil, criterio que cuenta con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si bien hemos de estar en guardia frente a una utilización desorbitante de ese artículo.

5.º No impide, por fin, aplicar además las acciones edilicias.

Insistiremos aún en que la aplicación de las reglas de responsabilidad propias del contrato de obra tiene un límite, el tenor del propio contrato. Como se trata de un contrato de compraventa que cubre la función de un contrato de obra y no de un contrato de obra propiamente dicho, cabe que esa función de transmitir objetos como nuevos y, por tanto, con un grado de perfección determinado, sea desvirtuado por el propio contrato. Cabe que el fabricante venda su producto como defectuoso y en ese caso no podría hablarse de responsabilidad por vicios.

Tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del fabricante-vendedor.

En relación con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia se nos va a plantear una doble cuestión: ¿En qué medida la condición de fabricante del vendedor afecta a su responsabilidad por defectos de la cosa provenientes de su fabricación? ¿Cómo se justifica esa responsabilidad? A estas preguntas vamos a contestar estudiando separadamente un amplio grupo de sentencias referidas a edificaciones. Las particularidades que reviste el problema en esos casos lo aconseja.

Nuestro Tribunal Supremo en las ventas de objetos que no sean edificios no ha solido acudir a la condición de fabricante del vendedor para imputarle responsabilidad, y de ahí que en muchos casos ni siquiera nos la ponga de manifiesto (227). Sólo contadas

(227) No sabemos con seguridad (no se utiliza) si es fabricante o no el vendedor de una pala excavadora nueva, que según hechos probados, «a los pocos días de su entrega ... experimentó una serie ininterrumpida de averías, fallos y roturas afectando a las diversas piezas de la máquina». Caso en el que

veces la toma en cuenta de algún modo; pero, por lo que se entreve en la lectura de los hechos de otras sentencias, hay bastantes más en las que la cosa ha sido fabricada (defectuosamente) por el vendedor. ¿Por qué no se considera esa circunstancia? Quizá porque se ha logrado satisfacer, a través de otras vías, la pretensión del comprador. Así ocurre, por ejemplo, si el comprador se ha contentado con utilizar la acción redhibitoria o la estimatoria, por vicios ocultos (228); y, curiosamente, en algún caso basta la mera invocación de la existencia de vicios y el que no haya transcurrido el plazo del artículo 1.490, para que prospere la reclamación de daños y perjuicios del comprador (229). Otras veces los

prospera la resolución del contrato (fundada en el artículo 1.124 C. c.), porque el plazo transcurrido (tres años) no permite el ejercicio de la acción redhibitoria; y en el que, en cambio, no se admite la indemnización de daños y perjuicios pedida por el comprador, pues «no fueron acreditados ni en cuanto a su realidad ni en cuanto a su alcance». Sabemos que el vendedor se hace cargo de la asistencia de la máquina en garantía e, incluso, que llega a ampliarla, pero esto no nos basta para pensar que fuera el fabricante de la pala vendida. Y, evidentemente, tampoco presupone necesariamente esa cualidad en él, el que la sala de instancia considerara que amplió el plazo de garantía en razón a que resulta verosímil que las roturas se debieran a defectos de material y fabricación defectuosa (S. 30 junio 1972).

(228) Por ejemplo en la S. de 24 noviembre 1926, en la cuestión suscitada por el comprador por el mal funcionamiento de las bombas para extracción de agua fabricadas de encargo por el vendedor; la reclamación del comprador en reconvencción no prosperó, y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso por él interpuesto. Nótese en este caso cómo, planteada la cuestión como saneamiento por vicios, no podía prosperar, pues aunque se hubiese demostrado el defecto, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

En la S. de 31 enero 1970 el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y admite el saneamiento por vicios del autobús vendido. Ha de tenerse en cuenta en este caso que se trataba de un vehículo fuera de serie, usado por la vendedora en exposiciones y vendido a menor precio.

La reclamación contra la casa fabricante y vendedora de unos hilos no prosperó en el caso de la S. de 23 junio 1966, porque «las deficiencias de los tejidos son imputables a un defecto de técnica en la labor de la tejeduría y no a la calidad de los hilados servidos por la casa vendedora»; y porque la acción está prescrita.

(229) En la S. de 14 octubre 1970 está claro que el vendedor ha fabricado, por encargo del comprador, entre otras cosas, los conjuntos de ruedas para el lanzamiento de vigas de hormigón (de determinadas características); y que éstos, por haber sido contruidos defectuosamente, sin las características y resistencia previstas y sin emplear el material convenido, no han servido para el fin a que se destinaban. Pero no se utiliza como argumento que el vendedor haya fabricado el objeto: Ni por el comprador (demandante) cuando pide la devolución del precio pagado y la «indemnización de todos los daños y perjuicios que ha producido en su patrimonio al defectuoso estado de las ruedas». Ni (en lo que infiere de la lectura de la sentencia) por los juzgadores de instancia, al estimar ambos la demanda. Ni por el Tribunal Supremo al rechazar el recurso de casación interpuesto por el vendedor. Todo el razonamiento se centra en la oportunidad del planteamiento de la cuestión por vicios de la cosa, y prospera la acción del comprador, porque se considera que se ha planteado en un momento oportuno, ya que no han transcurrido los seis meses a partir de la entrega (art 1.490 C. c.) y no es aplicable el plazo de denuncia que fija el artículo 342 C. Co., por no haberse calificado la venta de mercantil.

fallos justifican la pretensión indemnizatoria o resolutoria del comprador en *el incumplimiento* del vendedor, noción ésta que aquí maneja, como es sabido, con enorme flexibilidad y amplitud nuestro Tribunal Supremo. El incumplimiento se basa en que el objeto no se adecúa a las previsiones cualitativas del contrato, o, por la gravedad del defecto, es impropio para el fin pactado (230).

Pero conviene hacer algunas observaciones sobre este caso, aunque ellas correspondan más a los fallos de primera y segunda instancia que a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación, debido al modo en que éste se funda por el recurrente. Aunque se esté razonando sobre los vicios de la cosa, lo pedido por el comprador y reconocido en las sentencias de instancia, en parte excede a lo que puede obtenerse a través de las acciones edilicias. Tal es el caso de la indemnización de daños y perjuicios. Para poder concederla no basta, simplemente, invocar los vicios de la cosa (cfr. arts. 1.486, 1.487, 1.488 C. c.); hace falta algo más; algo que podría ser el carácter de fabricante del vendedor. En la concesión de tal indemnización por el Juzgado y la Audiencia, curiosamente no discutida especialmente por el vendedor, ¿no habrá influido ese carácter...?

(230) La resolución de la venta de una columna destiladora de alcohol se debe a que «no ha respondido a la producción de alcohol en la cantidad y grado señalado en el contrato» (S. 7 noviembre 1972).

En la S. de 1 de julio 1947 el Tribunal Supremo, dando lugar al recurso de casación, admite la resolución de la venta de un torno rápido, marca de la casa vendedora, modelo de precisión, por «no ser la cosa entregada conforme a lo pactado», y no tiene en cuenta el plazo del artículo 1.490. Claro es que en este caso se trataba de una venta genérica y el Tribunal Supremo reconoce que la acción resolutoria es «más apropiada a la índole del caso».

En la S. de 25 abril 1973 se plantea la cuestión litigiosa en relación con una máquina para cortar cartones (cortadora-resmadora sincronizada), fabricada de encargo por el vendedor, que por sus defectos técnicos resulta inhábil para el fin pactado.

La sociedad compradora, deseando modernizar la maquinaria instalada en su fábrica de papel, había expuesto sus necesidades a la casa vendedora, quien tras un estudio de las mismas, recomendó un determinado tipo de máquina por ella fabricada, como el más adecuado. Sobre la base de esta propuesta, se concertó la fabricación y suministro de la máquina recomendada que, una vez entregada, resultó con defectos graves que no la hacían idónea para las necesidades de la compradora.

En esta situación la compradora formula ante los tribunales demanda de resolución del contrato, basada en el artículo 1.124 C. c., en la que también pide indemnización de diversos daños que considera ha padecido por esta causa. Su demanda prospera en ambas instancias, y el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación que interpone el vendedor, porque en su opinión no es oportuna la acción resolutoria del artículo 1.124 C. c., ni procede el ejercicio de la acción redhibitoria, ya que ha pasado el plazo del artículo 1.490) El Tribunal Supremo argumenta su fallo desestimatorio en la compatibilidad entre las acciones edilicias (sometidas a prescripción especial, art. 1.490) y las otras acciones emanadas de la compra-venta (sin prescripción especial), cuando la aplicación de éstas resulte oportuna. Considera oportuna en este caso la acción resolutoria del artículo 1.124, fundada en el incumplimiento del vendedor, pues la «gravedad» de los defectos de la cosa la hacen impropia para el «fin pactado».

Como puede verse, el que el vendedor haya fabricado la máquina no se toma directamente en cuenta en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo, sino la gravedad de los defectos de la cosa, que la hacen impropia para el fin pactado.

También se ha utilizado la vía de la nulidad, por dolo del vendedor (231).

Resulta de cierto interés la sentencia de 2 de mayo 1961, por las puntualizaciones que en ella hace el Tribunal Supremo. La Audiencia había condenado al laboratorio fabricante de una vacuna para ovejas, cuya «preparación defectuosa» determinó importantes daños en la ganadería del actor, a indemnizarle. Esa condena es por la vía extracontractual, pero el Tribunal Supremo, al comienzo del primer considerando de su sentencia, hace esta observación: «El presente recurso se presenta y desenvuelve contra sentencia dictada en responsabilidad extracontractual, aunque claramente se advierte que la tal responsabilidad dimana del deficiente cumplimiento de un contrato por parte de ...» (laboratorio). Esta apreciación nos permite hacer una observación: Si la «preparación deficiente» de la vacuna por el laboratorio ha funcionado como criterio de imputación de responsabilidad en la reclamación de daños por la vía extracontractual, parece que también deberá pesar en la vía contractual, aunque la venta sea específica.

Anteriormente, en un caso parecido, no había prosperado la reclamación de responsabilidad del propietario de unas reses de ganado vacuno contra el laboratorio fabricante de la vacuna aplicada y la entidad vendedora en la que se invocaba incumplimiento de obligación, porque, según afirma el Tribunal Supremo (cuando en segunda sentencia, rechazada la excepción de falta de jurisdicción, entra a conocer el asunto) «por falta de elementos de juicio suficientes, sería muy aventurado afirmar que la enfermedad y muerte del ganado hayan sido producidas por defectuosa prepara-

(231) Como ocurre en la S. de 16 noviembre 1967, en la que el Tribunal Supremo no revisa la apreciación de la Audiencia, de haber actuado con dolo el vendedor («el hecho probado de haberse celebrado un negocio jurídico mediante engaño de su nulidad»), que provoca la anulación del contrato de compraventa. El dolo se basa en estos hechos declarados en el fallo de la instancia: El camión construido, por encargo del comprador, para circular, aunque fuera matriculado y circulara algún tiempo, «por no haber sido dirigido por técnico facultativo, no reúne los requisitos del Código de la Circulación, para circular libremente y con toda normalidad para toda clase de mercancías por las carreteras nacionales». Esos «defectos técnicos de construcción», impidieron que el vehículo consiguiera definitivamente el permiso de circulación.

La calificación de dolo, vicio del consentimiento, puede ser admitida siempre que al contratar se oculte al otro contratante, para captar su voluntad, que no se dispone o que no se van a utilizar los medios adecuados para cumplir el compromiso. Máxime, si ocurre como cuenta el comprador en su escrito de demanda, que el contratante captado es apartado de otra operación semejante ya acordada.

El dolo permite, como en este caso, obtener no sólo la nulidad, sino indemnización de daños y perjuicios (aquí: «todos los gastos ocasionados con motivo de poner el expresado camión a nombre del actor»). Pero el que sea apreciable el dolo no excluye que en un caso como el que nos presenta esta sentencia, el vendedor que ha fabricado defectuosamente el objeto no haya incumplido su obligación.

ción de la vacuna inoculada y no por faltas técnicas del tratamiento» (S. 16 junio 1945).

Pero es, sin duda, en la sentencia de 10 junio 1976 donde nuestro Tribunal Supremo, de un modo claro y directo, va a extraer consecuencias de la condición de fabricante del vendedor, aunque lo haga en la segunda sentencia.

Veamos el caso: El comprador de unos autobuses nuevos (para su empresa de transporte de viajeros), que por su «deficiente fabricación en su conjunto» exigieron constantes reparaciones, con el consiguiente gasto y desatención del servicio, reclama, pasados cuatro años desde la compra, en reconvencción a la demanda de pago del vendedor, la resolución del contrato, con devolución de la parte de precio pagada, la indemnización de daños, por el importe de las reparaciones extraordinarias efectuadas en los vehículos, y de perjuicios, por la cuantía en que cifra la ganancia normal de la empresa que se ha frustrado, además de los intereses legales de la parte de precio satisfecha y del importe de las reparaciones. En primera instancia se estima plenamente la demanda. La Audiencia, en cambio, se limita a conceder el abono del importe de las reparaciones, dando lugar a la reclamación de pago del precio que hacía el vendedor. El Tribunal Supremo casa la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba y confirma la sentencia de primera instancia, excepto en cuanto se refiere a la indemnización del lucro cesante, que no estima justificado.

El Tribunal Supremo parte, en su segunda sentencia, de que «aparece evidente el incumplimiento de las obligaciones del vendedor por defectuosa fabricación de los vehículos objeto de la compraventa litigiosa». Luego, en los razonamientos que siguen, se percibe una doble intención: descalificar la pretensión del vendedor demandante, que reclama el precio, y justificar la del comprador reconveniente, particularmente la resolutoria. Esto explica su referencia a la exigencia de lealtad en las obligaciones recíprocas, o al fin perseguido («obtener un rendimiento normal en el funcionamiento de los tres vehículos adquiridos») que en este caso quedó frustrado (con las constantes averías) por la deficiente fabricación. Y más adelante añade algo que merece ser examinado con atención: «No puede pretenderse dar por válidos objetos inidóneos faltando a la invocada lealtad en el contrato, puesto que la buena fe en el comprador descansa en la confianza de que el vendedor debe hacer honor al prestigio de su industria y a la eficiencia de sus servicios».

El modo habitual de actuar un determinado fabricante («prestigio de su industria» y «eficiencia de sus servicios») se convierte para él en regla («debe hacer honor»), en la medida en que ha sido capaz de generar confianza en un comprador. Regla que si no puede constituir una exigencia para un hacer futuro (obligación de hacer), porque (como en este caso) se vende la cosa ya fabricada,

sirve para imputar al vendedor (y no meramente al azar como en las acciones edilicias) la insatisfacción del interés del comprador. Con independencia de que conociera o no el defecto; sin tomar en cuenta las razones del fallo del producto sino sólo el hecho de que no responde al nivel medio de los fabricados por el vendedor. Ese nivel medio funciona como modo implícito de ofrecer un nivel de calidad en el producto, que el fabricante vendedor tiene que asegurar.

En este caso, al parecer, se trataba de un fabricante prestigioso, pero ¿qué hubiera ocurrido si la tónica media de fabricación arrojara un balance altamente insatisfactorio? Podría extraerse de esta sentencia la idea de que en ese caso el nivel medio funciona como nivel medio de exoneración de responsabilidad?

En modo alguno; la confianza del comprador pueden justificarla otras razones, y justificada esa confianza, la circunstancia de haber fabricado el objeto el vendedor le impone responder. La confianza del comprador podrá basarse en la propia oferta, en la cuantía del precio que ha pagado o en el necesario cumplimiento por parte del vendedor de las reglas de fabricación que imponga la ley (ej., normas tecnológicas) o los usos (reglas del arte) valoradas en función de las presuposiciones cualitativas de la cosa en el contrato.

Consideración especial de la responsabilidad del constructor o promotor-vendedor. Cuestiones generales que se plantean.

Hoy, la inmensa mayoría de las viviendas y locales que se construyen no se hacen por encargo del futuro destinatario, propietario del suelo, sino a iniciativa del mismo constructor o de un «promotor» de la construcción, que actúa con la finalidad de venderlas (ya en proyecto, ya en ejecución de obra, ya concluida ésta). Tal estado de cosas plantea el problema de cómo ha de tratarse la responsabilidad del «empresario de la construcción-vendedor», cuando la obra tiene defectos. El que nuestro Código civil esté pensando en una situación diferente y no prevea expresamente soluciones para este problema, ha impuesto a la doctrina y a los tribunales la tarea de tener que intentar construir las bases de esa responsabilidad, enfrentándose con diversas dificultades peculiares de este caso concreto.

Para mejor orientarnos en el estudio de la jurisprudencia vamos a separar dos cuestiones diferentes que ante esta responsabilidad se nos plantean:

a) Determinar con qué remedios podrá contar en estos casos el comprador, y justificar su oportunidad.

b) Señalar, en los casos tipificados socialmente, las personas que deban responder.

¿Es preciso que se haya construido el edificio con los propios operarios o, al menos, la parte más importante del mismo? Entenderlo así cerraría el paso a otros modos frecuentes de producirse la iniciativa de la construcción con vistas a su posterior venta; excluiría la responsabilidad del promotor.

A la vista de estas cuestiones, vamos a analizar a continuación la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Los remedios admitidos en la jurisprudencia.

Movido por un deseo de protección, nuestro Tribunal Supremo ha intentado, también para los edificios, ampliar, a veces hasta límites sorprendentes, la función de las acciones edilicias (232); pero lo más frecuente es que trate de proteger al comprador de pisos o locales a través de otras vías, que juzga compatibles con esas acciones (233), sin plazos tan limitados y con remedios más ventajosos para el comprador (reparación *in natura* de los efectos de la cosa, indemnización de otros daños y perjuicios).

En este intento no se ha utilizado el artículo 1.486 II (y concordantes), a pesar de ser el más directamente relacionado con la

(232) La ampliación de la función protectora de las acciones edilicias puede hacerse de dos modos diferentes:

a) Ampliando sus plazos, indudablemente muy limitados en las edificaciones. Recordemos que la Codificación modificó el sistema histórico, que iniciaba el cómputo a partir del descubrimiento de los vicios, cfr. MORALES MORENO, ADC (1980), p. 608, 623. Esa posibilidad la excluye, sin duda, la actual redacción del artículo 1.490 C. c. Pero las oscilaciones jurisprudenciales en la calificación de este plazo como prescripción o caducidad, demuestran hasta qué punto los Tribunales sienten a veces necesidad de prolongarlo.

b) Ampliando las funciones que para la acción redhibitoria y estimatoria prevé el artículo 1.486, I C. c., al permitir que la simple invocación de la existencia de vicios ocultos produzca efectos indemnizatorios distintos de los que cubren esas acciones.

Así ocurre en la sentencia de 8 noviembre 1958. Los compradores (comunidad de propietarios) de un edificio edificado defectuosamente obtienen indemnización, por el valor de las reparaciones del inmueble, invocando tan sólo la presencia de los vicios ocultos y la subsistencia de la acción de saneamiento, por las constantes reclamaciones.

También resulta chocante el exagerado alcance indemnizatorio que la sentencia de 13 mayo 1929 extrae del saneamiento; sólo que en este caso, en perjuicio del comprador: para al casar la sentencia, no conceder, cosa chocante, una parte de la indemnización pedida que se considera medida de saneamiento, por haber pasado ya el tiempo para pedirla.

(233) La compatibilidad de las acciones edilicias con las acciones generales se afirma también en las edificaciones, por ej., SS. 28 noviembre 1970, 28 enero 1980.

responsabilidad por vicios. Quizá ello sea debido a que, salvo algunos casos en que es clara su aplicación, no está suficientemente esclarecido el sentido del mismo. O tal vez, porque haya parecido insuficiente lo que ofrece (sólo indemnización de daños y perjuicios); aunque cabría una interpretación extensiva. Sea cual fuere la causa, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no ha seguido esa vía y ha aplicado directamente las reglas generales del derecho de obligaciones, que prevén indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101) o resolución del contrato (art. 1.124), encontrando razones en el incumplimiento para justificar su oportunidad (234).

Al hablar de incumplimiento no se preocupa nuestro Tribunal Supremo de la exactitud en la calificación dogmática del supuesto de hecho, sino más bien de la justicia del efecto. Lo que ante todo busca es ofrecer al comprador los mismos remedios que justificaría el incumplimiento. Como se afirma en una sentencia, «aquí se actúa, seguramente, con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso obtener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustados a la *lex artis*, ni a las exigencias legales de higiene y seguridad... por desgracia frecuentes en esta época de masivas edificaciones» (235).

Cuando utiliza el concepto de incumplimiento, nuestra jurisprudencia no construye de modo diverso la responsabilidad del vendedor según la fase en que se haya producido la venta. Es indiferente que el piso estuviera en proyecto, en vías de ejecución, o ya fabricado. Esto es digno de aplauso, en cuanto capta la unidad de función y sentido de todas estas operaciones, como algo que debe prevalecer por encima de formalismos dogmáticos, que tantas veces conducen a resultados injustos. ¿Por qué va a tener mejor protección el que compra un piso antes de concluir la obra, que su vecino, que lo ha adquirido poco después de terminada?

Manejando el concepto de incumplimiento, nuestro Tribunal Supremo ha podido utilizar en caso de obra defectuosa los siguientes remedios en favor del comprador:

a) Ha impuesto al vendedor la obligación de reparar *in natura* los defectos de la cosa (236) o indemnizar al comprador los gastos hechos en esas reparaciones (237), o ambas cosas con preferencia

(234) Cfr. SS. 28 enero 1980, 30 enero 1975, 3 febrero 1975, 3 marzo 1973, 22 octubre 1973, 18 octubre 1972, 17 mayo 1971, 28 noviembre 1970.

(235) S. 28 enero 1980.

(236) Es raro que sea sólo la reparación *in natura*, sin prever una indemnización pecuniaria substitutiva para el caso de que el vendedor se niegue a realizarla. De todos modos pueden verse las SS. de 22 octubre 1973 y 3 marzo 1973, aunque no se considera que haya existido incumplimiento voluntario por parte del vendedor.

(237) Así, por ej., SS. 11 octubre 1974, 17 octubre 1974.

de una sobre la otra (238). Curiosamente, la procedencia de esa reparación se pronuncia a veces en interés del vendedor, para satisfacer su propósito de cumplir, frente a posibles apetencias resolutorias del comprador, cuando la índole del defecto lo aconseja (239).

b) No se excluye la posible indemnización de otros daños (240).

c) El comprador puede utilizar la *exceptio non adimpleti contractu*, pero el Tribunal Supremo dosifica su oportunidad según la importancia de los defectos y el comportamiento del vendedor (241).

d) La resolución del contrato resulta oportuna «siempre que los vicios de la obra... revistan tal grado de imperfección (que la haga) impropia para satisfacer los intereses del dueño» (242). Pero no en todos los casos en que existan defectos de construcción (243). En general, es menos solicitada que la reparación *in natura* o *indemnización*, cuando hay defectos. Los casos en que se concede suelen referirse a ausencia de cualidades pactadas que, en sentido estricto, no son defectos de construcción (244).

Para conceder la indemnización de daños y perjuicios al comprador por defectos del edificio, el Tribunal Supremo ha utilizado, además de la vía del artículo 1.101 del Código civil (justificada por el incumplimiento) la del artículo 1.591 C. c. Acude a este artículo aunque no haya contrato de obra y aunque el vendedor no sea constructor, sino promotor del edificio (245). Para ampliar sus posibilidades de utilización ha admitido que la ruina puede ser total o parcial (246) ¿Cual es la diferencia que ofrece al comprador cada uno de estos dos preceptos? Quizá menor de lo que

(238) Así, por ej., SS. 3 febrero 1975, 30 enero 1975, 28 noviembre 1970.

(239) Tal ocurre en la S. 22 octubre 1973. El vendedor tiene propósito de reparar las deficiencias del edificio, obstaculizado por el comprador. De modo parecido, la S. 3 marzo 1973 no aprecia incumplimiento (en las deficiencias en el servicio de calefacción), sino intransigencia en el comprador que pretende resolver el contrato.

(240) Por ej., los de arrendamientos de una casa igual a la vendida, durante el período que duran las obras de reparación (S. 13 marzo 1929). O el importe de la indemnización que satisfizo el comprador a tercero por razón de los defectos de la cosa (S. 22 octubre 1973). En este caso, el comprador había instalado un negocio de hostelería en los locales adquiridos.

En cualquier caso estos daños deberán estar determinados en su existencia y cuantía (S. 17 octubre 1974).

(241) Véase S. 3 marzo 1973.

(242) S. 3 octubre 1979 (obiter).

(243) Por ej., se rechaza en S. 22 octubre 1974, que sí admite obras de reparación.

(244) Grosor de los pilares, introducción de pilares y tubos en la finca limítrofe (S. 18 octubre 1972). El local construido no reúne las cualidades implícitamente pactadas, pues carece de la altura exigida por la ordenanza para cumplir la función a que se destina (S. 17 mayo 1971).

(245) Así, por ej., SS. 11 octubre 1974, 17 octubre 1974, 28 octubre 1974 (aunque no sea decisivo), 9 marzo 1981).

(246) S. 28 octubre 1974, 3 octubre 1979, por ej.

pueda pensarse. Si pensamos en el efecto, la indemnización, no podemos contraponer de un modo rotundo el artículo 1.591 al 1.101. Uno y otro conceden indemnización (247). Y si nos trasladamos al «supuesto de hecho» comprobamos que nuestra jurisprudencia ha utilizado indistintamente uno u otro (248), sin que se pueda percibir de modo preciso una justificación por las diferencias en el supuesto de hecho (249).

Hay una explicación. Pensando en la responsabilidad extracontractual, una mínima perfección de la obra que evite que ésta pueda constituir un peligro social, se puede concebir como una exigencia absoluta; pero dentro de la relación contractual, sea de obra o sea la propia compraventa, la perfección de la obra no puede entenderse como algo separado de lo pactado (aunque sea de modo implícito). Por eso, cuando el Tribunal Supremo para aplicar el artículo 1.101 habla de la fuerza vinculante del pacto, está manejando una regla que no puede quedar excluida al fundar la indemnización en el artículo 1.591.

Detrás de esta doble vía late un problema todavía abierto, el de la interpretación del artículo 1.591, en la que ahora no podemos entrar. Quizá el primer párrafo de ese artículo nos ha hecho desviar nuestra atención del segundo, que probablemente, para una correcta interpretación de aquél es fundamental. Todas las desviaciones de lo pactado por parte del contratista, incluso los vicios de la obra por impericia, aun los que provocan ruina en el contrato de obra son también «causa» de *responsabilidad* por «falta del contratista a las condiciones del contrato» y la acción para pedir indemnización durará quince años. Esta idea no ha de perderse de vista al interpretar el párrafo primero de este precepto.

Tal vez la función primordial de ese párrafo primero del artículo 1.591 no sea otra que la de señalarnos un plazo mínimo de duración de las edificaciones normales, construidas con vistas a un servicio ilimitado. Diez años no es tiempo bastante para poder achacar la ruina del edificio a la acción del tiempo. Por eso, si la ruina ocurre en ese tiempo pone de manifiesto (por el efecto, sin demostrar la causa específica) la defectuosa fabricación.

La ventaja que en el contrato de compraventa representa este precepto, puede ser aplicada, analógicamente, a las compraventas de edificios nuevos realizadas por su constructor o promotor, porque esas compraventas cubren una función semejante a la del contrato de obra.

(247) La S. 28 octubre 1974 demuestra cómo en ocasiones es indiferente emplear una u otra vía.

(248) Hasta 1974 la jurisprudencia del T. S. acude al artículo 1.101. Después no dejará en ocasiones de utilizarlo: así, S. 28 enero 1980.

(249) Más bien parece a veces minimizarse la diferencia (S. 3 octubre 1979).

La responsabilidad del promotor-vendedor.

Estamos tratando de una responsabilidad en la que la cualidad del sujeto tiene una enorme significación; que surge, al menos en su originario planteamiento, de la circunstancia de que el vendedor del piso o local no es un vendedor cualquiera, sino un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado. De no ser así, si en la venta (específica) de un piso ya construido, con vicios ocultos, nada se hubiera prometido o afirmado, ni ocultado (en lo que se conocía o debía conocer), no cabría la responsabilidad del vendedor en el sistema de nuestro Código civil. Sólo procederían las acciones edilicias, y, quizá, las de anulación por error del comprador.

El hecho de que aquí la circunstancia significativa en el vendedor sea haber intervenido en la edificación, supone también una dificultad. A la vista de cómo se distribuye hoy la actividad empresarial en la construcción, ¿a quiénes se puede imputar un defecto del edificio, en ese círculo amplio de sujetos relacionados con la proyección, dirección y ejecución de la obra?

Al contestar a esta pregunta, no basta pensar en el arquitecto o en otros técnicos; ni en el constructor, titular de la empresa que materialmente ejecute la obra. Lo más frecuente es que no sea ni uno ni otro quien enajene (total o parcialmente) el edificio a su futuro destinatario, ni quien haya asumido la iniciativa de su construcción. Cada vez es más frecuente que esta función se realice por un empresario independiente, al que se denomina «promotor de la construcción» o simplemente «promotor».

La actividad empresarial de promoción inmobiliaria adopta diversas modalidades. Una de ellas, la que aquí nos interesa (250), se caracteriza porque el promotor, teniendo derecho a construir en un determinado suelo, toma por sí y de modo autónomo la iniciativa económica de la construcción, con ánimo de posterior venta (251). Es posible, como admite nuestro Tribunal Supremo, que contrate la ejecución de la obra con un único contratista, o que lo haga, de modo independiente, con los múltiples gremios que han de intervenir en la obra, a los cuales coordina (252). Evidentemente, la actividad de promoción inmobiliaria no deja de existir cuando la misma empresa de promoción asume la ejecución de la obra, es promotora y constructora, pero en ese caso la responsabilidad ofrece para nosotros menos problema.

Ante el promotor así concebido se nos plantea la siguiente cuestión: ¿será responsable ante el comprador, por los defectos de la obra, a pesar de no haber intervenido directamente en la construcción del edificio? A esta cuestión ha respondido afirmativa-

(250) Además de la que se recoge en el texto está la del promotor de comunidades, a veces designado promotor mandatario (véase S. 2 octubre 1975).

(251) SS. 11 octubre y 17 octubre 1974.

(252) S. 17 octubre 1974.

mente nuestro Tribunal Supremo, como vamos a ver a continuación.

Tal vez puede pensarse que el reconocimiento de la responsabilidad del promotor-vendedor (no limitada por los cortos plazos de las acciones edilicias), sólo se inicia en nuestra jurisprudencia a partir de la famosa sentencia de 11 octubre 1974 (a la que de inmediato sigue la de 17 octubre 1974), pero eso no es del todo exacto. A partir de ese momento, sin duda importante, se va a imputar responsabilidad, de modo abierto, al promotor; pero antes no se ha excluido la responsabilidad de éste; más bien no se han hecho diferencias entre constructor y promotor (253). Lo que ocurre es que en esa fecha, al iniciar el T. S. una nueva vía para construir esa responsabilidad, la del artículo 1.591 (asimilando el promotor al contratista) e invocándose en el recurso la condición de promotor (no constructor) para exonerarse de la responsabilidad, se ve forzado a precisar quién es el promotor.

La importancia de esta dirección jurisprudencial, lo más decisivo en ella, no está, a nuestro modo de ver, ni en que utilice el artículo 1.591, ni mucho menos en los argumentos un tanto literalistas que se emplean para justificar su utilización (254), argumentos que en su día causaron cierta extrañeza a algún sector de la doctrina (255). Andando el tiempo nos lo han puesto de manifiesto otros fallos del propio T. S., que no han propiciado la aplicación de ese precepto (quizá por lo insatisfactorio de la argumentación utilizada en su empleo), y no obstante han llegado al mismo resultado manejando otras razones formales y utilizando de nuevo los preceptos generales sobre indemnización (art. 1.101) y resolución

(253) La tendencia del comprador de un edificio de reciente construcción es dirigirse contra el vendedor, aunque se hubiera limitado éste a encargar su construcción a un contratista (SS. 13 marzo 1929, 10 enero 1949).

(254) Para el T. S., «el tema básico alrededor del cual gira el ... recurso» interpuesto por los promotores es «determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del C. c., o por el contrario queda al margen de aquella y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto». Su respuesta es afirmativa. El promotor responde frente al adquirente de la obra, con arreglo al artículo 1.591 (S. 11 octubre 1974).

Pocos días después reafirma la orientación anterior: «El dueño del terreno [promotor] se convierte en su propio constructor o contratista». «Construye indirectamente por medio de los gremios que él coordina». Asume en realidad la cualidad de contratista con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto [art. 1.591], frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que ... resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el referido artículo 1.591, para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal de que la ruina de la obra se manifieste después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieran transcurrido diez años desde la conclusión de la obra» (S. 17 octubre 1974).

(255) CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores* (1976), pp. 244 ss.

por incumplimiento (art. 1.124) (256). La verdadera importancia de esas dos sentencias de 1974 está en que se plantean abiertamente el problema de la responsabilidad del promotor-vendedor y sostienen, apoyándose en serias razones de justicia, que el promotor, cuando vende, debe responder al comprador de los defectos de la edificación, aunque haya transcurrido el plazo del artículo 1.490.

Que el promotor-vendedor responda significa una justa extensión de una responsabilidad originariamente fundada en la impericia del artífice (y, por tanto, sólo explicable en el constructor-vendedor) a una actividad empresarial que, no dedicada a la ejecución de la obra, no requiere en sí misma dominar el arte de la construcción. Esta extensión, que sin duda supone un cambio en el funcionamiento de la regla «imperitia culpae adnumeratur» no debe, sin embargo, extrañarnos. Se da, dentro de cualquier empresa, cuando se imputan los efectos de la actividad de los dependientes (técnicos) al empresario (no perito) (art. 1.903 IV) (257). Se hace incluso muy difícil poder seguir justificando la responsabilidad del promotor en base a criterios puramente subjetivos de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, los únicos que en este caso podrían valer.

El que la jurisprudencia nos haya limitado la figura del promotor, tiene otro valor. Va a permitir diferenciar la responsabilidad de quien construye para vender, que desempeña una actividad empresarial de promoción inmobiliaria, de quien construye (o encarga la construcción) para cubrir sus propias necesidades, y más tarde, sin haberlo previsto inicialmente, vende (258). Pensemos, por ejemplo, en quien edifica una casa de recreo para pasar sus vacaciones, que más tarde se ve forzado a venderla por necesidades económicas. En este caso no se debe imponer al vendedor más que lo que prevén las acciones edilicias, sin perjuicio de que el comprador deba contar con los mismos remedios que aquél tendría frente al que ejecutó la obra.

(256) SS. 28 enero 1980 y 3 octubre 1979.

(257) RUBIO GARCÍA MINA, J., *La responsabilidad civil del empresario* (discurso) (1971), pp. 51 ss.; ROJO, A., *La responsabilidad civil del fabricante* (1974), pp. 127 ss., también CASTRO, en contestación al discurso de Rubio, p. 76.

(258) Así parece ser en SS. 13 marzo 1929 y 10 enero 1946.

En torno a las limitaciones a los aumentos de los alquileres en los arrendamientos urbanos ⁽¹⁾

ALBERTO MANZANARES

Depart. Derecho Civil. Universidad Autónoma

La década de los años setenta nos ha venido ofreciendo una serie de disposiciones legislativas limitadoras de la elevación de la renta en los arrendamientos urbanos. Dichas disposiciones son una muestra más del creciente intervencionismo del Estado en lo que era el reino de la autonomía privada: el contrato, y más concretamente, en el caso que nos ocupa, en la fijación del precio en los arrendamientos urbanos (2).

Así, «desde 1973 se han venido promulgando, de forma periódica, normas con rango formal de ley que han ido incidiendo en

(1) Desde hace varios años se han venido promulgando una serie de disposiciones tendentes a limitar la elevación de las rentas en los arrendamientos urbanos. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 15, de 12 de diciembre de 1980, las rentas de los arrendamientos urbanos de locales de negocio quedan «liberalizadas» desde el 1.º de enero de 1981, y las de los arrendamientos urbanos de vivienda quedan «liberalizadas» desde el 1.º de enero de 1982 (es decir, no están sometidas en cuanto a su elevación a las limitaciones existentes anteriormente).

Por ello, puede parecer que este trabajo sale a la luz en un momento inoportuno, en cuanto desfasado. Sin embargo, son todavía muchas las cuestiones judiciales planteadas al amparo de los Decretos limitadores de renta que están pendientes de fallo por nuestros Tribunales. En este sentido, quizá las siguientes líneas puedan aportar algo de luz sobre el tema. Y en cualquier caso, habida cuenta de las circunstancias económicas que vivimos, no sería de extrañar una vuelta a la política de limitación en la elevación de las rentas en los arrendamientos urbanos.

(2) Sobre este tema la función actual del contrato ven las reflexiones de GONZÁLEZ PORRAS, «Limitaciones legales a posibles aumentos de rentas urbanas», Rev. Derecho Privado, 1978, págs. 583 y ss. Piensa este autor que «el contrato no es hoy una manifestación individualista y liberal. A aquellas limitaciones tradicionales de la moral, el orden público económico y la ley, se le van sumando otras numerosas y amplias limitaciones que sensiblemente van cercenando aquella libertad de contratación privada (...). Por lo tanto, lo que hay en verdad es una mayor intervención del Derecho público en la regulación de los intereses privados que ha motivado que se hable de una verdadera "crisis del contrato"». Op. cit., pág. 584.

Vid. en el mismo sentido, Díez-Picazo, «Derecho privado y masificación social», Madrid, 1979; Santos Briz, «La contratación privada», Madrid, 1966, págs. 56 y ss., y la bibliografía citada por G. Porras.

aquellos factores económicos que se consideraban tenían una más honda repercusión en la política de precios y rentas» (3). A los efectos de este trabajo nos interesa citar fundamentalmente los siguientes textos (4):

- Decreto Ley 13, de 17 de noviembre de 1975 (5).
- Real Decreto Ley 18, de 8 de octubre de 1976 (6).
- Real Decreto Ley de 4 de enero de 1978 (7).
- Real Decreto Ley de 26 de diciembre de 1978, que prorrogó la vigencia del anterior hasta el 31 de diciembre de 1979, según establecía su artículo 8.º.

(3) Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto Ley de 12 diciembre 1980, limitador de la elevación de rentas.

(4) Las limitaciones a las elevaciones de la renta de los arrendamientos urbanos establecidas en esos textos responden a medidas de ordenación económica dictadas por el Gobierno a consecuencia de una fuerte elevación del coste de la vida, en los años sucesivos.

Sobre una exposición de tales textos desde 1964, ver J. BONET CORREA, «Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo», 3.ª ed., Ed. Aranzadi, 1981.

(5) Este Decreto, en su art. 15, disponía: «A partir de la publicación del presente Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 1976, inclusive, los incrementos de las rentas en los arrendamientos urbanos, en situación de prórroga legal, que sean procedentes por disposición de la Ley, determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán suponer elevaciones que excedan del aumento medio experimentado, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha del incremento o de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda, incluido en el índice general del coste de la vida, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. *Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión en el coste de los servicios y suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.*»

(6) Este Real Decreto establecía en su art. 8.º-1.º: «A partir de la publicación del presente Real-Decreto Ley y hasta el 31 de diciembre de 1977, las rentas de los arrendamientos urbanos en situación de prórroga legal, que hayan de ser elevadas por disposición de la ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por parte expresa de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del incremento medio experimentado, en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión, por el índice específico del coste de la vivienda incluido en el índice general del coste de la vida en el conjunto nacional, publicado por el Instituto Nacional de Estadística. *«Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios y suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a la renta.»*

(7) Según el art. 1.º de esta norma, «desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1978 las rentas de los arrendamientos urbanos relativas a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de la ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso entre las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan de la variación porcentual experimentada, en los doce meses anteriores a la fecha de la revisión, por el índice nacional del subgrupo 3.1 "Alquileres" del sistema de Índices de Precios de Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística. *Esta limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.*»

- Ley de Ordenación Económica de 1 de octubre de 1980 (8).
- Real Decreto Ley de 12 de diciembre de 1980 (9).

El motivo de las presentes líneas no es sino resaltar algunos de los problemas que aún plantean a los tribunales la interpretación de estas normas (y sobre todo del párrafo subrayado en todos los Decretos: *Dicha limitación no afectará a los incrementos que procedan por reparación del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta*), cuya redacción no es tan clara como habría sido de desear y cuya aplicación ha dado lugar a una serie de dificultades prácticas que no han sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sus sucesivas promulgaciones.

1. LA LIMITACION A LA ELEVACION DE LAS RENTAS IMPUESTA POR LOS DECRETOS

Los decretos limitadores de la elevación de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda y local de negocio imponen, como su propia denominación indica, una limitación al arrendador: en presencia de un contrato de arrendamiento urbano con

(8) Esta Ley establecía en su art. 1.º: «Desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1980, las rentas de los arrendamientos urbanos relativas a viviendas y locales de negocio en situación de prórroga legal, cuya cuantía haya de ser modificado 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 80 por 100 de la variación porcentual experimentada en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión por el Índice Nacional General del sistema de Índices de precios al consumo, que elabora el Instituto Nacional de Estadística. *La limitación establecida en el apartado anterior no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.*»

(9) El art. 1.º de este Decreto establecía: «1. Desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 1981 las rentas de los arrendamientos urbanos relativos a vivienda en situación de prórroga legal, cuya cuantía haya de ser modificada por disposición de la ley, por determinación del Gobierno, por revisión legalmente autorizada o por pacto expreso de las partes, no podrán sufrir elevaciones que excedan del 90 por 100 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 afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.*»

2. Transcurrido el plazo fijado en el apartado anterior, las rentas de los arrendamientos urbanos de vivienda con cláusulas de actualización, podrán ser revisadas en los términos previstos en las mismas.»

Artículo 2.º: «Lo dispuesto para la revisión de las rentas de los arrendamientos de viviendas en el apartado dos del artículo primero del presente Real Decreto Ley, será aplicable a partir del 1 de enero de 1981 a los arrendamientos de locales de negocio con cláusula de actualización.»

una cláusula de actualización de renta, a efectos de revisión de ésta no es que la cláusula de actualización quede sustituida por el correspondiente Decreto limitador de renta, sino que queda limitada por él. Lo que significa que en todos aquellos casos en que la cláusula de actualización plasmada en el contrato tome para revisar la renta un punto de referencia (por ejemplo, cláusula valor-oro, o valor-trigo) distinto del utilizado por los Decretos (que normalmente es el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística), el propietario viene obligado a realizar un doble cálculo: calcular primero la renta que corresponda según la aplicación de la cláusula contractual de actualización y calculará luego la renta que corresponda en función de la aplicación del Decreto. Si la primera (llamémosla renta contractual) es superior a la segunda (renta según Decreto), será aplicable esta última. Mientras que si la renta revisada contractualmente es menor que la renta revisada según el Decreto (por ejemplo, porque se trataba de una cláusula valor-trigo y el precio de éste ha disminuido), será aquélla la que prevalezca.

Y deberá hacerlo así exactamente y comunicando al arrendatario ambos cálculos y haciéndole llegar los índices de cada uno de ellos, porque, de otro modo, en presencia, por ejemplo, de un contrato que contemple la revisión de la renta en función de la variación del precio del trigo, si el propietario realiza la revisión en función del contrato aplicando la cláusula valor-trigo, el arrendatario podrá oponerse a dicha revisión (ex art. 101-2.º, apartado 5.º, de la L.A.U.) argumentando que dicha renta es superior a la que se derivaría de la aplicación del Decreto limitador de la elevación de renta; y si el arrendador aplica directamente la limitación establecida en el Decreto, el arrendatario puede también oponerse a la revisión alegando que desconoce los índices de la cláusula contractual de actualización, cuya aplicación arrojaría quizá una renta diferente.

2. MOMENTO EN QUE PROCEDE REALIZAR LA REVISION

En aquellos contratos de arrendamientos urbanos en que se prevea una revisión de la renta, se fija también, como es lógico, una fecha para tal revisión. Así, por ejemplo, el contrato se celebra el 30 de septiembre de 1977, y pactándose una revisión anual, el 30 de septiembre de 1978 procede a revisar la renta. Pues bien, al llegar el momento de revisión de la renta en aquellos supuestos en que sean de aplicación los Decretos limitadores (10)

(10) E incluso sin ser de aplicación estos Decretos, cuando las partes hayan pactado en el contrato que la revisión se realizará en función de la variación del índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo elaborados por el I. N. E.

el propietario se encuentra con que no está a su disposición el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo que elabora el Instituto Nacional de Estadística, porque este Instituto publica dicho índice con varios meses de retraso. Y si el propietario espera a que aparezca el índice en cuestión para llevar a cabo la revisión, el arrendatario podrá oponerse a que dicha revisión se aplique desde el momento en que contractualmente procedía, alegando que la revisión tiene efecto retroactivo, y que se vulnera así la dicción del artículo 101-1.º de la L.A.U.: «La facultad del arrendador para aumentar la renta o conceptos que a la misma se asimilan podrá ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efectos retroactivos».

La solución más correcta, a nuestro juicio, es que el arrendador, en el momento en que proceda contractualmente la revisión, y aunque no estén publicados los índices aplicables, anuncie al arrendatario su propósito de realizar la revisión de la renta, añadiendo que éste se llevará a efecto cuando aparezca publicado por el Instituto Nacional de Estadística el índice aplicable.

En tal momento se efectuará la revisión de la renta, aplicándola desde la fecha en que contractualmente fuera procedente (11). De esta forma creemos que se evitaría la posible alegación de retroactividad.

A pesar de ello, no queda claro del todo el momento en que procede pasar el primer recibo con la renta revisada, porque el artículo 101-2.º, apartado 2.º, faculta al arrendatario a oponerse o no a la revisión en el plazo de un mes contado a partir de la notificación de aquélla, y añade a continuación en el artículo 101-2.º, apartado 3.º: «Caso de aceptación expresa o tácita, el arrendador, al siguiente período de renta que proceda, podrá girar el recibo, incrementándolo con la cantidad que hubiese propuesto, y su pago será obligatorio para el inquilino o arrendatario», texto legal éste del que parece deducirse que durante esos treinta días que tiene de plazo el arrendatario para aceptar o no la revisión, no procede ésta. Es decir, volviendo al ejemplo antes planteado: si la revisión se anuncia el 30 de septiembre de 1978, como el

(11) No está claro el tema en la obra de FUENTES LOJO, «Suma de Arrendamientos Urbanos», 2.ª ed., pág. 439, pues cita este autor una Sentencia del juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Barcelona que no acaba de esclarecer este punto; dice esta Sentencia que «admitida la procedencia del reparto entre los inquilinos, es también procedente, y así se deduce de lo actuado, fijar la cantidad mensual a satisfacer por este servicio en... pesetas, pero como el derecho a incrementar la renta por razón de los aumentos legales arranca del momento en que se haga la notificación, sin que sea posible pretender el cobro de cantidades correspondientes a fecha anterior, ya que de la fecha del documento en que se haga tal notificación al inquilino depende formalmente el derecho del arrendador a percibir los incrementos que el capítulo IX autoriza, es claro que habiendo notificado el inquilino en septiembre de 1948 el aumento, será exigible a partir de octubre del mismo año, sin que pueda pretenderse, como quiere la demanda, lo correspondiente a meses anteriores».

arrendatario tiene un plazo de treinta días para oponerse o no a la subida, ésta sólo podría entrar en vigor el 1 de noviembre, sin que la renta del mes de octubre pudiera ser revisada.

Para nosotros tal conclusión es errónea, pues de tal forma se estaría hurtando al arrendador el derecho a revisar la renta cada año, tal y como se pactó en el contrato, y sólo se le autorizaría una revisión que tendría efectos durante once meses. A nuestro entender, el artículo 101-2.º, apartado 3.º, de la L.A.U. ha de interpretarse en el sentido de que el incremento de renta mencionado deberá entenderse referido al momento en que contractualmente procedía la revisión.

3. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN LA NORMATIVA SOBRE LA ELEVACION DE LA RENTA.

El punto que vamos a tratar a continuación no se deriva realmente de la aplicación de los Decretos limitadores de renta, pero se plantea cuando se produce la revisión de ésta. Nos referimos a la conciliación entre los términos de caducidad establecidos en los artículos 101-2.º, apartado 5.º, y 106-1.º de un lado y la excepción que a ellos plantea el artículo 106-2.º, todos ellos de la L.A.U.

En presencia de una revisión de renta, «cuando el inquilino o arrendatario rechazase la elevación propuesta y ésta fuera legítima, el arrendador podrá optar entre reclamarle las diferencias desde el día en que debieron serle satisfechas o resolver el contrato si fuera temeraria la oposición de aquél (...). En ambos casos la acción *caducará* dentro de los tres meses, a contar desde el día en que la negativa se hubiese producido». (Art. 101-2.º, apartado 5.º L.A.U.). En principio parece que el texto de la ley es claro: desde el momento en que el inquilino se opone a la revisión el propietario tiene tres meses para iniciar sus acciones. Si no lo hace en dicho plazo, su derecho habrá caducado. El término de tres meses, al ser de caducidad no se podrá interrumpir, al contrario de lo que ocurriría si fuera de prescripción (12).

Ahora bien, esta interpretación no resulta ya tan clara si tenemos en cuenta el artículo 106 de la L.A.U. Este artículo, en su párrafo 1.º, parece confirmar lo dicho, al señalar que «las acciones dimanantes de los derechos que reconoce este capítulo tendrán un plazo de caducidad de tres meses a partir del hecho que las motive». Pero a renglón seguido, el párrafo 2.º afirma: «Este plazo no será aplicable a los derechos establecidos en los artículos 101 y 103». ¿Cómo interpretar conjuntamente los artículos 101-2.º, apartado 5.º, y 106? ¿Habrá que entender que pese a que en el artículo 101-2.º, apartado 5.º, se hable de caducidad prevalece el artículo 106-2.º y el término es por tanto de prescripción? ¿O será

(12) Para la distinción entre caducidad y prescripción, ver DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho civil I», págs. 470 y ss, 4.ª edición.

necesario por contra entender que pese a que el artículo 106-2.º representa una excepción a su párrafo 1.º prevalece el término caducidad del artículo 101-2.º, apartado 5.º?

Fuentes Lojo, al comentar el artículo 106 de la L.A.U. piensa que «las excepciones de los artículos 101 y 103 de la Ley se refieren a la facultad del arrendador de elevar la renta por las causas expresadas en el artículo 98 y a la acción revisoria por discordancia entre la pactada y la declarada a Hacienda, respectivamente» (13).

A nuestro juicio, la explicación a esa aparente contradicción entre el artículo 106 y el artículo 101-2.º, apartado 5.º podría ser la siguiente: los citados artículos no son contradictorios entre sí, sino que el artículo 106 habla en su párrafo 1.º de «acciones dimanantes de los derechos» y en su párrafo 2.º de «derechos» únicamente, estableciendo un término de caducidad para las primeras y una excepción a ese término (por tanto debe entenderse como término de prescripción) para los segundos. Las acciones a que se refiere el artículo 106-1.º son:

— La que el artículo 101-2.º, apartado 4.º, concede al arrendatario para pedir la revisión de la renta satisfecha cuando, una vez aceptada la subida, la cantidad girada por el arrendador fuera superior a la que autoriza ese capítulo.

— La que el artículo 101-2.º, apartado 5.º, concede al arrendador para cuando el inquilino rechace la elevación de la renta y ésta fuera legítima, reclamar las diferencias o resolver el contrato.

El ejercicio de estas acciones, entendiendo aquí «acción» como facultad del particular de exigir la tutela judicial de un derecho, está sometido a un plazo de caducidad de tres meses.

Y los derechos de que habla el artículo 106-2.º son:

— El derecho del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan (art. 101-1.º).

— El derecho del arrendatario para pedir la reducción de la renta cuando la declarada fiscalmente por el arrendador sea inferior a la revisada (art. 103).

El ejercicio de estos derechos estará sometido al plazo normal de prescripción (14).

Esta parece ser también la orientación a nivel jurisprudencial. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1972 tiene establecido que «el plazo de caducidad establecido en el número 1 del artículo 106 de la Ley de 11 de junio de 1964 para el ejercicio de las acciones dimanantes de los preceptos compren-

(13) Op. cit., pág. 460.

(14) La acción es un término procesal. GÓMEZ ORBANEJA así lo sostiene cuando dice que el Derecho procesal ha elaborado y utiliza como categoría fundamental un concepto de acción independiente del correlativo del Derecho civil. El Derecho privado moderno nos presenta por un lado un sistema de derechos y por otro, independientemente, un sistema procesal de acciones.

Para la distinción entre acción y derecho, vid. GÓMEZ ORBANEJA, «Derecho procesal civil», I, 1976, págs. 225-227.

didos en el capítulo IX de dicho cuerpo legal, no es aplicable el derecho del arrendador para solicitar ante los Tribunales las elevaciones de renta que legal o contractualmente puedan corresponderle, aun cuando no lo hubiese verificado en tiempo oportuno, si bien en este último supuesto será necesario que su acción no esté prescrita, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, y que sus pretensiones no afecten a las rentas atrasadas, según, entre otras, indica la Sentencia de 28 de febrero de 1958, *porque la facultad de incrementar el precio de la locación, como regulado por el artículo 101 de la ley, está excepcionalmente exceptuada de aquella caducidad por el párrafo 2.º del artículo 106 y porque el artículo 96, núm. 2.º, permite al propietario reclamar estos aumentos, haya sido o no aplicados en su día*» (15).

Por contra, la jurisprudencia tiene establecido que la acción del arrendador (a partir de los treinta días de la notificación de la revisión), para reclamar al inquilino las cantidades adeudadas por la revisión, está sometida a un plazo de caducidad de tres meses.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 26 de febrero de 1976 establece: «... por lo cual, y al amparo del número 5 del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, podía el arrendador optar entre reclamar las diferencias desde el día que debieron ser satisfechas o resolver el contrato si fuere temeraria la oposición, y habiendo optado por el primer inciso, debió ejercitar la acción correspondiente dentro de plazo de tres meses a contar desde el día en que la negativa se produjo, y es aquí donde el actor incumplió esta obligación al dejar transcurrir con exceso el plazo señalado, que lo es de caducidad de la acción» (16).

(15) En el mismo sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 1975, 17 de noviembre de 1975, 1 de marzo de 1976, estableciendo esta última Sentencia que «la acción deducida, en cuanto se centra en el aumento de renta en proporción a la elevación experimentada por el coste de vida en el transcurso del bienio comprendido entre los meses de mayo de los años 1971 y 1977, no puede estimarse prescrita en la actualidad, por oponerse a ello el imperio de la norma genérica estatuida en la regla 2.ª del art. 1.966, del Código civil, que fija en cinco años el término procesal de la acción indicada.

(16) En el mismo sentido, ver las Sentencias de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de febrero de 1976 y la de la Audiencia Territorial de Oviedo de 1 de junio de 1977. Sobre el plazo de caducidad de tres meses concedido al arrendatario para ejercitar la acción impugnatoria en el art. 101-2.º apartado 4.º: ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1961 y 15 de noviembre de 1962 y la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de marzo de 1975.

4. LA REPERCUSION DEL COSTE DE LOS SERVICIOS DE SUMINISTROS, OBRAS DE REPARACIONES NECESARIAS Y DEMAS CANTIDADES ASIMILADAS A LA RENTA

Las normas promulgadas por el Gobierno limitando la elevación de las rentas en los arrendamientos urbanos (ver los Decretos y la Ley de Ordenación económica citados al comienzo de este trabajo) preveían una limitación en la variación de la renta en función de determinados porcentajes en relación con las variaciones experimentadas por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo elaborados por el Instituto Nacional de Estadística. Sin embargo, en todas esas disposiciones podemos encontrar además un párrafo que establece: «dicha limitación no afectará a los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministro, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta».

Es decir, *que los incrementos en los conceptos que acabamos de citar podrán ser repercutidos en el inquilino sin limitación.*

Hemos de advertir que esa posibilidad de repercusión que establecían los Decretos limitadores de los aumentos de renta no es nueva en nuestra legislación de arrendamientos. En efecto, el artículo 126, apartado 4.º del Texto articulado de 31 de diciembre de 1946 regulador de los arrendamientos urbanos establecía: «Las diferencias por elevación del precio en el coste de los servicios o suministros, cuando se trate de viviendas o locales de negocio de las mismas condiciones a que se refiere el apartado 1.º de este artículo (viviendas o locales de negocio construidos u ocupados por primera vez antes del 1.º de enero de 1942 y no acogidos a precepto legal que prohíba su repercusión), podrán seguir siendo derramadas por el arrendador proporcionalmente a la utilización de aquellos servicios o suministros, hallándose facultado para alterarlas en la medida en que cambie el precio legal de las mismas».

Y en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13 de abril de 1956, el artículo 95 señalaba: «1. La renta legal de las viviendas y locales de negocio, cuyo arrendamiento subsista el día que empiece a regir la presente ley será la que en tal fecha cobrará el arrendador, con todos los incrementos que viniere percibiendo, salvo los consignados en el párrafo 2.º de este artículo.

2. No tendrán la consideración de renta legal los aumentos que viniere satisfaciendo el inquilino o arrendatario por razón de diferencia en el coste de los servicios o suministros. Estos aumentos se conceptuarán como cantidades asimiladas a la renta y deberán figurar separadamente en los recibos».

En el Texto refundido vigente de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964 este punto no está recogido con la claridad de los Decretos limitadores, pero también se refiere a él, el

artículo 95, párrafo 2.º, cuando establece: «Las cantidades asimiladas a la renta, comprendida la diferencia entre el coste de los servicios y suministros que viniere percibiendo el arrendador, seguirán haciéndose efectivas en tal concepto, y deberán figurar separadamente en los recibos en tanto no queden absorbidas en la renta conforme a las disposiciones del artículo siguiente.»

De ahí pasamos ya a los Decretos limitadores en los que como hemos visto se excluyen de las limitaciones citadas los incrementos que procedan por repercusión del coste de los servicios de suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta.

La repercusión de dichos conceptos plantea en la práctica algunos problemas que en nuestra opinión no han sido contemplados en los Decretos limitadores.

En primer lugar, en presencia de un contrato de arrendamiento en el que se ha pactado una cláusula de revisión de renta, no habrá que olvidar, como decíamos al principio, que dicha cláusula de revisión de renta habrá que entenderla en función del correspondiente Decreto limitador de la elevación de renta. Ello quiere decir que si la renta revisada según la cláusula contractual correspondiente es superior a la que resultaría de la aplicación del Decreto, el arrendador deberá soslayar dicha cláusula para atenerse a los términos del Decreto en cuanto a la revisión de renta (17).

Y aquí viene la primera dificultad, porque en aquellos casos en que el arrendador deba atenerse al Decreto se encontrará con que:

1.º El legislador desglosa la renta en dichos Decretos en renta propiamente dicha de un lado y «servicios, suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta».

2.º El legislador limita la elevación de la renta propiamente dicha en los porcentajes fijados en los Decretos, mientras que autoriza la repercusión del incremento de los otros conceptos sin limitación alguna.

Tal planteamiento produce en la práctica problemas al arrendador a la hora de aplicar el Decreto, pues no es infrecuente que en el contrato de arrendamiento no se haya producido ese des-

(17) Pensemos, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento con cláusula de actualización anual de renta cuya revisión procede en septiembre de 1981. Se pacta la siguiente cláusula: «La renta para los doce meses comprendidos entre octubre de 1981 y septiembre de 1982 será la inicial de 45.000 pesetas multiplicada por el valor del cociente del índice medio mensual para el año 1980, dividido por el índice medio mensual del año 1976». En la fecha de la revisión, septiembre de 1981, estaba vigente el Decreto de limitación de elevación de rentas de 12 de diciembre de 1980. Pues bien, si la renta revisada de acuerdo con la cláusula contractual es superior a la que se derivaría de la aplicación del Decreto, debe prevalecer éste en cuanto al cálculo de la revisión.

glose de «renta» por un lado y «servicios, suministros, etc.», por otro (18).

La dificultad estriba a nuestro juicio en que, merced a los citados Decretos, el arrendador se ve forzado a realizar un doble incremento: de la renta de un lado, con las limitaciones pertinentes, y de los servicios, suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta de otro (en aquellos casos en que se haya producido un incremento en el precio de estos conceptos) (19).

Y en aquellos casos en que el desglose al que nos venimos refiriendo no esté previsto en el contrato de arrendamiento, ello será fuente de problemas entre el propietario y el arrendatario a la hora de la revisión, pues el arrendatario se negará a pagar la repercusión por el incremento de los servicios, suministros, etc., alegando que no está previsto en el contrato, y que el propietario sólo puede aumentarle la renta aplicando a la cantidad que viene pagando el porcentaje de incremento determinado legalmente, mientras que el arrendador por su parte alegará que la ley le autoriza a repercutir dichos incrementos y que además él se ve forzado a aplicar el Decreto al no poder utilizar su cláusula contractual.

En nuestra opinión, la aplicación del Decreto limitador de rentas correspondiente no planteará especiales dificultades en los siguientes casos:

1.º Cuando en el contrato de arrendamiento se desglose la renta: así, se pacta, por ejemplo, la siguiente cláusula: «el precio del arrendamiento es de 18.000 pesetas mensuales que se descomponen en 15.513 pesetas de un lado y 2.487 pesetas en concepto de gastos de comunidad». En este caso, en presencia de una revisión de renta, se aplicaría el porcentaje de incremento fijado en el Decreto a la renta propiamente dicha, esto es, a las 15.513 pesetas, mientras que si había habido un incremento, por ejemplo, del servicio de portería o del alumbrado para ascensores, se procedería a repercutirlo sin limitación sobre las 2.487 pesetas.

2.º Cuando en el contrato de arrendamiento se pacta una

(18) La Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 26 de marzo de 1981, admite ese desglose al que nos venimos refiriendo cuando afirma: «CONSIDERANDO que el precio en el contrato de arrendamiento regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, está integrado por dos conceptos diferenciados legalmente: la renta y las cantidades asimiladas a la renta; entre estas últimas se encuentran las repercusiones por aumento del coste de los servicios, suministros, por obras de reparaciones necesarias (...) y otras cantidades repercutibles legalmente o en virtud de pacto por la libertad de estipulación de las partes; estas cantidades, en cuanto suponen un aumento en el coste general de la cosa arrendada respecto al tiempo del contrato, incrementarían el precio del arrendamiento por vía de repercusión legal o contractual».

(19) Piénsese, por ejemplo, en un fuerte aumento del coste de la calefacción, que disfruta el inquilino, motivado por un incremento generalizado de los precios del petróleo.

renta determinada y se establece además que correrán por cuenta del arrendatario los gastos de comunidad. Parece claro que en este supuesto los incrementos a que nos hemos referido en los ejemplos antes citados serían de cuenta del inquilino, pero no porque realmente haya repercusión, sino porque a él le corresponde pagar el concepto «gastos de comunidad», independientemente de su coste y de su aumento o disminución.

Pero, ¿qué sucede en los contratos en que no se ha previsto nada a este respecto? Supongamos un contrato de arrendamiento urbano donde se establece una renta de 40.000 pesetas y una cláusula de revisión anual. Además se pacta que serán por cuenta del arrendatario los gastos derivados del consumo de agua, luz y gas, que se mide por contador. En el momento de realizar la revisión resulta que los gastos de calefacción y alumbrado general de la casa, así como los de portería, han experimentado un fuerte aumento y el propietario pretende repercutirlos

Nosotros pensamos que el propietario sí puede llevar a cabo esa repercusión; así, cuando en el contrato no se haya pactado nada sobre este tema, y ello por las siguientes razones: en primer lugar, la ley le concede dicha facultad al arrendador, excluyendo explícitamente de las limitaciones en la elevación de renta la repercusión del incremento de servicios y suministros y sin hacer ninguna distinción en cuanto a que dicha repercusión sea aplicable a ciertos contratos de arrendamiento y no a otros, por lo que en principio debemos pensar que la repercusión del incremento de servicios y suministros debe jugar respecto a todos los contratos de arrendamiento comprendidos en el ámbito de aplicación de los Decretos limitadores de la elevación de rentas

En segundo lugar, parece justo que sea el inquilino quien soporte la repercusión del incremento de los «servicios, suministros, obras de reparaciones necesarias y demás cantidades asimiladas a renta», pues son suministros o servicios (calefacción, alumbrado, portería) de los que es él —y no el arrendador— quien viene disfrutando, cuyo incremento supone «un aumento en el coste general de la cosa arrendada respecto al tiempo del contrato» (20).

Por lo demás, es posible encontrar algunas sentencias de la llamada «jurisprudencia menor» que se muestran claramente favorables a la repercusión. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 26 de febrero de 1976 afirma que: «CONSI-

(20) Vid. Sentencia Audiencia Territorial de Madrid, de 26 de marzo de 1981, cit.

GONZÁLEZ PORRAS, «Limitaciones legales o posibles aumentos de las rentas urbanas», *Revista Derecho Privado*, 1978, pág. 593, cuando estudia el Real Decreto Ley de 4 de enero de 1978, sobre limitación de rentas, se muestra favorable a esta repercusión cuando dice: «El apartado 2 del art. 1.º del Real Decreto Ley exige un breve comentario acerca de estos incrementos exceptuados. Para ello es preciso tener presente lo dispuesto en los artículos 95.2 y 102 de la L. A. U. A mi juicio, se han de considerar como no afectadas por el Real Decreto los incrementos que vengan determinados por gastos de portería, calefacción, agua y otros análogos».

DERANDO que son dos las cantidades que el arrendador reclama a los inquilinos de la casa núm. 15 de la calle Postas de esta capital, correspondientes al aumento de los gastos por el servicio de portería *que son repercutibles entre los inquilinos del inmueble.*

CONSIDERANDO (...) que aplicando a este número el importe de la renta mensual que se venía satisfaciendo, arroja una cantidad de 33.950,56 pesetas, de las que habrán de descontarse las 10.609,55 pesetas satisfechas por la demandada, quedando por tanto una renta insatisfecha de 23.341,01 pesetas, a las que habrá de agregarse el contenido de la primera subida por el aumento del coste de los servicios de portería, importando 389,94 pesetas»

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 26 de mayo de 1981, antes citada. Y más clara aún resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de mayo de 1979, que contempla un supuesto en el que no se había pactado expresamente en el contrato el pago de los servicios y suministros de la vivienda:

«CONSIDERANDO que en la demanda promovida por el propietario-arrendador de una vivienda contra el arrendatario de la misma, escrito rector del presente litigio, se han de distinguir para su examen y decisión correspondientes cuatro peticiones declarativas y tres de condena, que hacen referencia a los conceptos de incremento de la renta, coste de los servicios y coste del agua caliente consumida y medida por contador, debiendo tenerse en cuenta que la posición del demandado frente a tales peticiones es la de impetrar la total absolución respecto de las mismas, aunque se funde para los aumentos de renta en la falta de comunicación de ellos, en tiempo y forma, al arrendatario y para los otros dos conceptos, además, en ser su pago por cuenta del arrendador por no haberse pactado en el contrato que lo fueran por la del arrendatario.

CONSIDERANDO que *aún no pactado expresamente en el contrato el pago de los servicios suministrados de la vivienda disfrutados por el inquilino, también resulta clara la procedencia de tal pago en cuanto signifique aumento de su coste.*

5. Un último punto que tampoco está claro en los Decretos limitadores de renta es cómo deberá realizarse esa repercusión por el arrendador. Si el inquilino viene pagando una renta única, sin desglosar, parece injusto aplicar a esa renta en el momento de la revisión el porcentaje de elevación determinado legalmente y además sobre esa cantidad repercutirle el incremento de los servicios y suministros. Por ello una posible solución sería a nuestro juicio desglosar la renta pagada por el arrendatario, averiguando qué cantidad de dicha renta corresponde al mantenimiento de esos «servicios, suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a renta». A la renta que quedara (que

podríamo llamar renta neta) deducida esa cantidad, se aplicaría el porcentaje de incremento determinado en el Decreto correspondiente, mientras que sobre la otra cantidad restante se repercutiría el incremento del coste de los «servicios, suministros, obras de reparación necesarias y demás cantidades asimiladas a renta».

Crónica de Derecho privado francés⁽¹⁾ (Año 1981)

JEAN LUC AUBERT

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la
Universidad de Tours

Advertencia: El título de esta Crónica, adoptado a falta de otro mejor, es seguramente demasiado ambicioso. Las páginas que siguen no pretenden, evidentemente, reflejar todos los aspectos —incluso importantes— del Derecho privado francés.

En las rúbricas bibliográfica y legislativa, el firmante de estas líneas ha tratado primordialmente de dar a conocer a los lectores de esta *Revista* los principales acontecimientos del año transcurrido, que afectan principalmente al Derecho civil, al Derecho comercial y al Derecho penal. En cuanto a la rúbrica de jurisprudencia, sólo comprenderá, salvo excepción, informaciones relativas al Derecho civil.

Incluso de esta manera reducida en su objetivo, esta Crónica aparecerá todavía cribada de lagunas. El autor espera, sin embargo, que pueda ser de alguna utilidad a los que tengan a bien leerla.

I. BIBLIOGRAFIA

1.º GENERALIDADES

1. A. Piedelièvre, *Introduction à l'étude du droit*, Masson, 1981, 173 p.
Obra de iniciación al Derecho civil destinada a los estudiantes que inician los estudios jurídicos. Aporta (bajo el título «Problemática») unas indicaciones de pistas de reflexión interesantes.

(1) Lista de las abreviaturas relativas a las principales revistas jurídicas citadas:

- *Bull. civ.* (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation-Chambres civiles (sentencias pronunciadas en materia civil, comercial y social).—*Boletín* que reúne las decisiones pronunciadas cada año).
- D. (Recueil Dalloz-Sirey).
- D. ... Doctr. (parte doctrinal del Recueil).
- I. R. (informaciones rápidas).
- Leg. (parte legislativa).
- Somm. (Sumarios de jurisprudencia).
- Gaz. Pal. (Gazette du Palais).
- J.C.P. (Jurisclasseurs périodiques. Semaine juridique. Edition générale).
J.C.P. (N) = édition notariale.
- J. O. (Journal Officiel).
- *Rep. Defrenois* (Répertoire du notariat Defrenois).
- *Rev. trim. dr. civ.* (Revue trimestrielle de droit civil).
- S. (Recueil Sirey).

2. *Commentaire du rapport de la Cour de cassation (année judiciaire 1979)*, por los componentes de la sección de Derecho privado de la Facultad de Derecho de Saint Maur (Universidad de París, XII), J.C.P. 1981, I, 3041.
3. J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, P.U.F. (coll. Que saisje?), París, 2.^a ed. 1981, 128 p.
4. H. Battifol, *La philosophie du droit*, P.U.F. (coll. Que saisje?), París, 6.^a ed. 1981, 128 p.
5. H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, P.U.F. (coll. Que saisje?), París, 6.^a ed. 1981, 128 p.
6. Association Capitant (Trabajos).
Jornadas egipcias, *La protection de l'enfant*, t. XXX, Economica, París, 1981, 702 p.

2.º DERECHO CIVIL

°

a) *Personas-Familia*

7. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, 6.^a ed. Montchrestien, París, 1981.
La reedición de este volumen consagrado a la *personalidad jurídica* es debida a la pluma del Profesor F. Chabas. Ha sabido conservar las calidades de esta obra clásica, poniéndola perfectamente al día en lo relativo a las evoluciones de la ley y de la jurisprudencia. Es un libro acertadamente documentado.
8. H. Gaudemet-Tallon, *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*, Rev. trim. dr. civ. 1981, 719 p.

b) *Bienes*

9. R. Savy, *Droit de l'urbanisme*, P.U.F. (Coll. Thémis), París, 1981, 684 páginas.
En cuatro partes, consagradas, respectivamente, a la planificación urbana, al dominio de los terrenos, al urbanismo operacional y al permiso de construcción, M. Savy da una visión completa y perfectamente clara del derecho urbanístico. Esta obra, de una gran riqueza, aumenta oportunamente las referencias doctrinales en una materia particularmente compleja y móvil, que interesa tanto a los juristas del derecho privado como a los del derecho público.
10. R. Béraud, J. Debeaurain, *Mitoyenneté-Clôture-Bornage-Servitude*, Sirey, 1981, 352 p. .
11. R. de Silguy, J. Cadiou y J. Druais, *Le volet foncier de la loi d'orientation agricole*, Gaz. Pal. 1981, doctrina. 70 p.
12. J. M. Trigeaud, *La possession des biens mobiliers-Nature et fondement*. Prefacio de F. Terré, Economica, París, 1981, 631 p.

c) *Obligaciones*

13. J. Flour y J. L. Aubert, *Les obligations*, vol. 2.º, *Le fait juridique*, A. Colin (Coll. «U»), París, 1981, 384 p.

En la obra se trata de los cuasi-contratos y a continuación de la responsabilidad civil delictual. Una amplia recensión de la misma en ADC XXXV-2, pp. 453-461.

14. A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, París, 1981, 152 p.

El profesor A. Tunc, comparatista eminente, elabora un cuadro de los principales sistemas de responsabilidad civil aplicados en el mundo. Después de hacer una reflexión sobre las funciones de la responsabilidad civil, establece una demostración general (o casi) de la urgencia de una modernización del derecho en este dominio. Una obra extraordinariamente valiosa.

15. A. Tunc, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Economica, París, 1981, 278 p.

Con el concurso crítico de especialistas franceses y extranjeros de la responsabilidad civil, M. A. Tunc propone un nuevo proyecto de reforma destinado a disciplinar los problemas que plantea la indemnización de las víctimas de accidentes de circulación.

16. Berr, Groutel y Joubert-Supiot, *Circulation-Indemnisation des victimes-Equisse d'une réforme*, Sirey, París, 1981, 108 p.

Un proyecto, que concurre con el de M. Tunc, de reforma de la reparación de los daños causados por los accidentes de circulación.

17. Y. Avril, *La responsabilité de l'avocat*, Dalloz (coll. droit usuel), París, 1981, 268 p.

Un estudio claro, completo y bien documentado de la responsabilidad del abogado, tanto en el plano civil como en el plano disciplinario.

18. J.-L. Aubert, *Responsabilité professionnelle des notaires*, 2.ª ed. Rep. De-frenois, París, 1981, 168 p.

Reedición considerablemente enriquecida de la obra publicada en 1977. En ella son contempladas, de una parte, la responsabilidad personal de los notarios y, de otra parte, los mecanismos de seguro y garantía colectiva, que tienen vocación para operar en caso de responsabilidad notarial.

19. P. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, D. 1981, Chr. 49.

d) *Garantías y publicidad fundiaria*

20. M. Dagot, *Les sûretés*, P.U.F. (coll. Thémis), París, 1981, 512 p.

Una exposición interesante del mecanismo de las diversas garantías —reales y personales— que conoce el derecho francés. Hay que lamentar, sin embargo, que el autor haya limitado documentación y referencias a un mínimo estricto.

21. G. Scapel, *Le droit de rétention en droit positif*, Rev. trim. dr. civ. 1981. 539.

e) *Contratos*

22. M. y B. Galimard, *Les Sociétés civiles*, P.U.F. (coll. Que saisje?), París, 128 p.
Una interesante, útil y práctica presentación de la técnica de las Sociedades civiles.
23. A. Lapeyre, *Les éléments primaires des contrats*, I. *Les personnes*; II. *Les biens*; III. *Les prix*, Litec Droit (coll. droit notarial), París, 1981.
Estas tres obras (alrededor de 950 páginas en total) constituyen un formulario de actos; las fórmulas aparecen agrupadas según su objeto (personas, bienes, precio). Además, en las propias fórmulas se encuentran numerosos datos prácticos muy útiles.
24. Y. Chaput, *Les clauses de réserve de propriété (commentaire de la loi n.º 80-335 du 12 mai 1980)*, J.C.P. 1981, I, 3017 p.
25. J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chr. 1.
26. J.-L. Aubert, *La contestation par la S.A.F.E.R. du prix de vente d'un fonds rural*, Rep. Defrenois 1981, art. 32.508, p. 3.
27. G. Bobin, *Le bail rural à long terme*, J.C.P. (N) 1981, 171.

f) *Liberalidades; Sucesiones. Regímenes matrimoniales*

28. F. Boulanger, *Les successions internationales*, Economica, París, 1981, 430 p.
29. R. Savatier, *Que devient la condition juridique des comourants au temps des médecins anesthésistes réanimateurs?*, D. 1981, Chr. 45.
30. M. Beaubrun, *Le nouvel article 832-2 du code civil: l'attribution préférentielle en vue de constituer un groupement foncier agricole (L. n.º 80-502, du 4 juillet 1980, art. 30)*, D. 1981, Chr. 71.
31. G. Gourdet, *De l'égalité des époux dans le régime légal*, Rev. trim. dr. civ. 1981, 792 p.
32. J.-F. Pillebout, *Les illusions de la séparation de biens*, Rep. Defrenois, 1981, art. 32.646, p. 641.

3.º DERECHO COMERCIAL

a) *Obras generales*

33. R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, 9.ª Lib. Gén. Dr. Jur., París, 1981, 1026 p.
Este segundo tomo del Tratado de derecho comercial del Decano Roblot, tan clásico como el tomo primero (v. Crónica, año 1980), contempla las cuestiones de la Bolsa y de los valores mobiliarios, de los contratos comerciales, así como el derecho de quiebra. Se encuentran las habituales cualidades de la claridad y riqueza científica, que caracterizan a este Tratado de derecho comercial.

34. C. Champaud, *Le droit des affaires*, P. U. F. (coll. Que saisje?), París, 1981, 128 p.

Presentación de los caracteres generales del derecho de los negocios, vista como el cuerpo de las reglas que se aplican a la empresa.

b) *Obras especializadas*

35. J.-J. Burst y R. Kovar, *Droit de la concurrence*, Economica, París, 1981, 407 p.
36. R. Rodière, *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis Dalloz, París, 3.ª ed. 1981, 464 p.
37. L. Cartou, *Le droit aérien*, P.U.F. (coll. Que sais-je?), París, 3.ª ed. 1981, 128 p.
38. Y. Chaput, *La faillite*, P.U.F. (coll. Que sais-je?), París, 1981, 128 p.

Una aportación clara de los procedimientos colectivos de liquidación del pasivo y de la suerte de los dirigentes culpables.

4.º DERECHO PENAL

39. J. Pradel, *Droit pénal*, t. I, *Introduction générale-Droit pénal général*, Cujas, París, 3.ª ed. 1981, 726 p.

Una obra extraordinariamente clara, cuya lectura es particularmente atractiva por su estilo y su importante documentación. El éxito justificado que conoce esta obra se explica por la armoniosa acumulación de cualidades científicas y pedagógicas.

40. G. Stefani, G. Levasseur y R. Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, Précis Dalloz, París, 5.ª ed. 1981, 810 p.
41. M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, t. 1.º, *Les infractions*, P.U.F. (coll. Thémis), 2.ª ed. 1981, 788 p.

Una obra particularmente completa y que da cuenta perfecta de la especificidad del derecho penal de los negocios. Así, el autor, hace aparecer, junto a infracciones del derecho común y que se encuentran en los negocios, de una parte, las infracciones exteriores al código penal y, de otra parte, diversas infracciones específicas a las sociedades (civiles y comerciales) y a las empresas.

42. J. Larguier, *Le droit pénal*, P.U.F. (coll. Que sais-je?), París, 7.ª ed. 1981, 128 p.

5.º DIVERSOS

43. N. Catala, *L'entreprise*, t. IV del *Traité de droit du Travail*, dirigido por G. Camerlynck, Dalloz, París, 1980, 1292 p.

Un estudio magistral de la empresa, punto de encuentro de la economía con múltiples ramas del derecho (derecho del trabajo, in-

dudablemente, pero también derecho civil, derecho comercial, derecho penal, derecho fiscal...).

44. M. Despax, *Le droit du travail*, P.U.F. (coll. Que sais-je?), París, 5.ª ed. 1981, 128 p.

Una interesante aportación al derecho del trabajo, en la que se hace hincapié en los cuadros generales del derecho del trabajo (Estado, sindicatos, inspección de trabajos y tribunales de conciliación en materia laboral).

45. R. Dumas, *Le droit de l'information*, P.U.F. (coll. Thémis), París, 1981, 614 p.

Importante obra, en la que, en buen momento, se hace una síntesis de los diversos problemas jurídicos que suscita, o puede suscitar, la información. En este sentido, son contempladas: la organización administrativa de la información, con especial referencia al estatuto de la prensa escrita y de la radiotelevisión; las infracciones de prensa y sus sanciones; la protección de la vida privada frente a la prensa.

46. J. Vincent, *Procédure civile*, Précis Dalloz, París, 20. ed. 1981, 1280 p.
 47. G. Couchez, *Procédure civile*, Sirey (coll. Cours élémentaires), París, 1981, 288 p.
 48. J. Vincent, *Vois d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, París, 14 ed. 1981, 562 p.
 49. *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, 960 p.
 50. *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, París, 1981, 576 p.
 51. *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, 458 p.
 52. *Le spectacle sportif*, obra colectiva. Facultad de derecho y ciencias económicas de Limoges, P.U.F. 1981.

Actas de un coloquio celebrado en Limoges del 12 al 14 de mayo de 1980. Son abordadas las diversas implicaciones jurídicas del espectáculo deportivo (desde la responsabilidad del organizador hasta la tributación, pasando por algunas cuestiones de seguros y política de equipamiento).

53. J. Bigot, *La réforme de l'assurance construction*, ed. Argus, París, 1981, 350 p.
 54. X. Linant de Bellefonds, *L'informatique et le droit*, P. U. F. (coll. Que sais-je?), París, 1981, 128 p.

Una iniciación perfectamente clara al derecho de la informática y a la informática jurídica.

II. LEGISLACION

1. DERECHO CIVIL

1. *Contrato de seguro. Seguro de vida. Operaciones de capitalización.* Ley núm. 81-5 de 7 de enero de 1981 (J. O. 8 de enero de 1981, p. 194).

La ley de 7 de enero de 1981, principalmente consagrada al seguro de vida, ha aportado diversas mejoras, de importancia variable, al régimen de esta categoría de seguro.

Independientemente de diversos puntos particulares (toma en consideración de los *seguros de capital variable*, simplificación de las reglas aplicables al caso de *suicidio*, régimen de la *reducción* y del *rescate* de los contratos), la ley, de un lado, ha puesto en marcha un *nuevo mecanismo de conclusión del contrato*, protector de los asegurados, y de otro lado, modifica las normas aplicables en caso de *falta de pago de la prima*.

En lo relativo a la *conclusión del contrato de seguro de vida*, la ley nueva instauro un régimen que se sitúa plenamente en la línea de la legislación moderna de protección de los consumidores. En lo sucesivo, el principio es que toda persona física —con exclusión de las personas morales—, que ha firmado una propuesta o una póliza de seguro de vida, queda libre para renunciar al contrato durante un plazo de treinta días a contar desde el primer pago de la prima. La ley organiza, en este sentido, un sistema de información de los contratantes, sistema que comporta, principalmente, la inserción obligatoria en la propuesta —o en la póliza— de un modelo de carta de renuncia. Si el suscriptor del contrato ejercita la facultad de renuncia que le es reconocida en la forma descrita, el asegurador le debe devolver el montante de la prima que ha percibido. Sin embargo, si el contrato así anulado implicaba la garantía inmediata del riesgo del fallecimiento, el asegurador podrá conservar una suma equivalente a la duodécima de la prima anual correspondiente al riesgo de fallecimiento.

En lo concerniente a las consecuencias anudadas por la ley a la *falta de pago de la prima*, la ley de 7 de enero de 1981 ha modificado bastante sensiblemente el anterior régimen. Ciertamente, como antes, el asegurador puede, al expirar un plazo de diez días a contar desde el vencimiento, dirigir a su cliente una carta informándole de las consecuencias anudadas a la falta de pago. Sin embargo, en lo sucesivo, de un lado no habrá más suspensión del contrato: la carta abre un plazo de cuarenta días, durante el cual el contrato subsiste sin cambio, pero al término del mismo, si la prima no ha sido pagada, la sanción va a aplicarse. De otro lado, la ley ha cambiado en lo concerniente a esta sanción. Antes la falta de pago podía entrañar dos soluciones: ya la *rescisión* del contrato; ya la *reducción* de éste, si comportaba una provisión matemática. La ley de 1981, buscando en este sentido la estabilidad de las relaciones contractuales, prevé tres soluciones: ya la *rescisión*; ya, si hay una provisión matemática, un *anticipo* constituido

por el asegurador a partir de esta provisión, y destinado a pagar la prima, lo que asegura el mantenimiento del contrato sin modificación; ya, en fin, la *reducción* del contrato, sea porque el suscriptor ha renunciado al *anticipo*, sea porque el contrato no comporta una provisión matemática suficiente para que ésta pueda tener lugar.

Una sola observación: el recurso —en principio— a la técnica del anticipo parece discutible. Hay que temer, en efecto, que el anticipo, agotando la provisión matemática del contrato, prive finalmente al suscriptor de las ventajas de la reducción. Así pues, es dudoso que, en la mayor parte de los casos, el suscriptor tenga conciencia de este segundo efecto.

2. *Consumidores. Alimentación. Creación de un Consejo nacional de la alimentación. Decreto núm. 81-424 de 28 de abril de 1981 (J. O. 2 de mayo de 1981, p. 1242).*

3. *Indemnizaciones concedidas a las víctimas de daños corporales que resultan de una infracción. Decreto núm. 81-1126 de 16 de diciembre de 1981 (J. O. de 20 de diciembre de 1981, p. 3473).*

Actualización del tope de las indemnizaciones (v. esta *Revista*, 1981, p. 763, núm. 4), que es elevado a 210.000 francos.

4. *Reparación civil de los daños causados con ocasión de reuniones ilegales. Derogación del artículo 314 del Código penal. Ley núm. 81-1134 de 23 de diciembre de 1981 (J. O. de 24 de diciembre de 1981, p. 3592).*

V. *infra*, núm. 21.

5. *Arrendamientos de viviendas y arrendamientos comerciales. Moderación de los alquileres. Ley núm. 81-1161 de 30 de diciembre de 1981, p. 3592).*

6. *Represión de los fraudes en materia de transacciones de obras de arte y de objetos de colección. Decreto núm. 81-255 de 3 de marzo de 1981 (J. O. de 20 de marzo de 1981, p. 825).*

7. *Propiedad. Impuesto sobre las grandes fortunas. Ley núm. 81-1160 de 30 de diciembre de 1981, art. 2 a 11 (Ley de finanzas para 1982. J. O. de 31 de diciembre de 1981, p. 3539).*

Indudable innovación, de valor práctico, sin embargo, limitado, el impuesto sobre las grandes fortunas asume, en cualquier caso, un valor simbólico innegable.

Este impuesto se aplica a las *personas físicas*, tengan o no su domicilio fiscal en Francia y cuyo patrimonio (bienes en Francia y en el extranjero para los que tienen su domicilio fiscal en Francia, bienes en Francia para los que tienen su domicilio fiscal fuera de Francia) sobrepase tres millones de francos, tope que puede ser aumentado en dos millones de francos como máximo, a fin de tener en cuenta el valor de los bienes profesionales.

La imposición se realiza por hogar, aplicándose al patrimonio de la persona obligada, de su cónyuge y de sus hijos menores, respecto de los que detentan la administración legal. La solución es idéntica, mutatis mutandis, cuando existe concubinato notorio.

En principio, están sujetos todos los bienes del contribuyente, pero existen importantes excepciones al principio. Además del caso de los bienes profesionales, que justifican una elevación del valor del patrimonio a partir de la que el impuesto es debido, están especialmente exonerados: los objetos antiguos, de arte o colección; las partes de grupos forestales, bajo ciertas condiciones, hasta la cantidad de tres cuartos de su valor; las rentas o indemnizaciones percibidas en reparación de daños corporales.

La tarifa del impuesto es la siguiente (abstracción hecha de la toma en consideración de la exoneración de los bienes profesionales hasta la cantidad de dos millones de francos): 0,5 por 100 para la fracción de valor del patrimonio comprendida entre tres y cinco millones de francos; 1 por 100 entre cinco y diez millones de francos; 1,5 por 100 más allá de diez millones de francos.

8. *Publicidad fundiaria. Normas aplicables a las operaciones de ordenación fundiaria. Decreto núm. 81-67 de 26 de enero de 1981 (J. O. de 29 de enero de 1981, p. 373).*

Este texto mejora la publicidad tanto de las servidumbres como de los privilegios e hipotecas afectados por las *operaciones de agrupamiento*.

De una parte, el proceso-verbal que constata la terminación de las operaciones deberá indicar en lo sucesivo las diversas servidumbres, subsistentes o constituidas, que gravan o benefician a los inmuebles atribuidos. De otra parte, en lo referente a la renovación de las inscripciones de hipotecas y privilegios que gravan los inmuebles incluidos en el agrupamiento, es preciso que esta renovación —que debe ser hecha en seis meses desde la terminación de las operaciones a instancia de los acreedores— conserve la hipoteca o el privilegio hasta la fecha fijada por el acreedor, conforme a las disposiciones del artículo 2.154-1 del Código civil (anteriormente la hipoteca o el privilegio era conservado «durante diez nuevos años»).

9. *Permiso de construcción. Decreto núm. 81-788 de 12 de agosto de 1981 (J. O. de 19 de agosto de 1981, p. 2256).*

Lo esencial de este decreto consiste, de un lado, en la reducción de algunos plazos de instrucción de la demanda de permiso de construcción, y de otro lado, y sobre todo en la prolongación a dos años (en lugar de un año) de la duración de la validez del permiso.

2. DERECHO COMERCIAL

10. *Crédito. Cesión y garantía de créditos profesionales. Mobilización de los créditos. Ley núm. 81-1 de 2 de enero de 1981 (J. O. de 3 de enero de 1981, p. 150) y Decreto núm. 81-862 de 9 de septiembre de 1981 (J. O. de 19 de septiembre de 1981, p. 2504).*

11. *Empresas. Centros de formalidades de las empresas. Decreto número 81-257 de 18 de marzo de 1981 (J. O. de 21 de marzo de 1981, p. 830).*

El decreto de 18 de marzo de 1981 propende a una simplificación de las diligencias de carácter administrativo a las que están sometidas las empresas. El mismo crea, con este fin, unos centros de formalidades, que están destinados a permitir a las empresas el suscribir, en un mismo lugar y en un mismo documento, las declaraciones a que están obligadas en los dominios jurídicos, administrativo, social, fiscal y estadístico, con ocasión de su creación, de la modificación de su situación y de la cesación de su actividad.

12. *Sociedades comerciales. Armonización con la directiva europea de 13 de diciembre de 1976. Ley núm. 81-1162 de 30 de diciembre de 1981, p. 3593).*

Esta ley contiene, principalmente, disposiciones relativas: al número de socios (modificando especialmente el artículo 1.844-5 del Código civil); a la evaluación de los bienes; al voto en las asambleas generales; al montante y al mantenimiento del capital; a la suscripción, compra o toma en prenda por las sociedades de sus propias acciones; a la distribución de los dividendos; y a las sociedades de capital variable.

13. *Procedimientos colectivos de comprobación del pasivo de las empresas. Ley núm. 81-927 de 15 de octubre de 1981 (J. O. de 16 de octubre de 1981, p. 2807).*

La ley de 15 de octubre de 1981 trata de dar más efectividad a los procedimientos de comprobación del pasivo de las empresas. Con este fin confiere al *Ministerio público la cualidad de parte principal*, lo que, en particular, le permitirá, en el futuro, de someter al tribunal una demanda de suspensión de pagos o de liquidación de bienes. Acrecen, al mismo tiempo, los casos en que, en materia de suspensión de pagos o suspensión provisional de las diligencias judiciales, el tribunal puede decretar la separación de algunos dirigentes de la empresa.

14. *Precio del libro. Precio único de venta al público. Ley núm. 81-766 de 10 de agosto de 1981 (J. O. de 11 de agosto de 1981, p. 2198).*

V. también: 1.º Decreto, núm. 81-1068 de 3 de diciembre de 1981 (J. O. de 4 de diciembre de 1981), establecido para la aplicación de la ley de 10 de agosto de 1981, relativa al precio, y que determina la modificación del régimen del depósito legal.

2.º Circular de 30 de diciembre de 1981 (J.O. de 21 de enero de 1982, N.C. p. 792).

15. *Tributación. Aplicación del artículo 209 B del Código general de los impuestos, relativo a la imposición de los beneficios realizados por el intermediario de sociedades establecidas en unos países con régimen fiscal privilegiado. Decreto núm. 81-1173 del 30 de diciembre de 1981 (J.O. de 31 de diciembre de 1981, p. 3604).*

16. *Sociedades de seguros. Elementos de activo admitidos en representación de las obligaciones reglamentadas. Estimación de los elementos de activo. Modificación de los artículos R. 332-2, 332-31 del Código de seguros. Decreto núm. 81-591 del 15 de mayo de 1981 (J.O. de 19 de mayo de 1981, p. 1562).*

3. DERECHO CRIMINAL

17. *Corte de seguridad del Estado. Supresión. Ley núm. 81-737 del 4 de agosto de 1981 (J.O. de 5 de agosto de 1981, p. 2142).*

La supresión de la Corte de seguridad del Estado, jurisdicción de excepción, era reclamada desde largo tiempo por los partidos de la izquierda. La accesión de los socialistas al poder ha determinado rápidamente esta reforma.

En lo sucesivo, las jurisdicciones represoras de derecho común son, en principio, competentes para instruir y juzgar, en tiempo de paz, los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado (art. 698 nuevo C. Pr. Pen., al. 1er). Sin embargo, cuando los hechos perseguidos constituyen un delito de traición o de espionaje o un diferente ataque a la defensa nacional el caso puede, en virtud de la demanda del procurador general adjunto a la Corte de casación, ser remitido a la jurisdicción de idéntica naturaleza y del mismo grado de las fuerzas armadas (art. 698, ap. 2).

18. *Pena de muerte. Supresión. Ley núm. 81-908 de 9 de octubre de 1981 (J.O. de 10 de octubre de 1981, p. 2759).*

«La pena de muerte es abolida» (art. 1.º). En todos los textos la referencia a esta pena es reemplazada por la de reclusión (o la detención según el caso) criminal a perpetuidad (art. 3).

19. *Extranjeros. Condiciones de entrada y estancia en Francia. Condiciones de expulsión. Ley núm. 81-973 de 29 de octubre de 1981 (J.O. de 30 de octubre de 1981, p. 2970).*

20. *Circular relativa a las nuevas orientaciones en materia criminal de 21 de octubre de 1981 (D. 1981, Leg. 372).*

Esta circular, que aporta algunos elementos de la política penal que trata de desarrollar el nuevo gobierno, contiene tres párrafos titulados, res-

pectivamente: Asegurar el estricto respecto de los principios judiciales. Evitar una nueva inflación carcelaria. Combatir más eficazmente la delincuencia económica y financiera.

21. *Artículo 314 C. Pen. Derogación. Ley núm. 81-1134 de 23 de diciembre de 1981 (J.O. de 24 de diciembre de 1981, p. 3499).*

El artículo 314 del Código penal, derivado de la Ley de 8 de junio de 1970, que regulaba la represión de las actividades delictivas de grupo, especialmente los ataques y destrucciones cometidos durante una reunión ilegal, además de la reparación civil de los daños así causados, es derogado. La derogación alcanza al párrafo tercero del artículo 184.

22. *Represión de los fraudes en materia de transacción de obras de arte y objetos de colección. Decreto núm. 81-255 de 3 de marzo de 1981 (J. O. de 20 de marzo de 1981, p. 825).*

23. *Automatización del registro de antecedentes penales. Aplicación de la ley núm. 80-2 de 3 de enero de 1980. Decretos núm. 81-1003 de 6 de noviembre de 1981 (J.O. de 11 de noviembre de 1981, p. 3081) y orden de 6 de noviembre de 1981 (J.O. de 11 de noviembre de 1981, p. 3082).*

4. PROCEDIMIENTO CIVIL

24. *Nuevo Código de procedimiento civil. Institución de los Libros III y IV. Decreto núm. 81-500 de 12 de mayo de 1981 (J.O. de 21 de mayo de 1981, p. 1607).*

La realización del Nuevo Código de procedimiento civil continúa progresando. La importancia del Decreto de 12 de mayo de 1981 es, en este sentido, notable.

El Libro III agrupa las normas de procedimiento, rigiendo:

- en lo relativo a las *personas*: la nacionalidad, los actos de estado civil, el registro civil, los ausentes, el divorcio y la separación de cuerpos, la filiación, la adopción, la patria potestad, la tutela de los menores y la protección de los mayores (art. 1038 a 1263). Es conveniente destacar que, en virtud del nuevo artículo 1.103, la decisión que, en materia de divorcio, homologa la convención de los esposos puede ser objeto, en 15 días, de un recurso ante la casación, con efecto suspensivo.
- en lo relativo a los *bienes*: las acciones posesorias, la rendición de cuentas y la liquidación de los frutos, la venta de inmuebles y fondos de comercio que pertenecen a los menores sometidos a tutela o a mayores bajo tutela (art. 1.264 a 1.281).
- en lo relativo a los *regímenes matrimoniales*: la contribución a las cargas del matrimonio, las autorizaciones y habilitaciones, las medidas urgentes del artículo 220-1 del C. civ., las transferencias judiciales de

administración y la separación judicial de bienes y la homologación judicial del cambio de régimen matrimonial (art. 1.282 a 1.303).

- en lo relativo a las *obligaciones y los contratos*: el procedimiento de *orden de pagar* (terminología que sustituye a la de mandamiento de pago), el procedimiento de las ofertas de pago y de la consignación (simplificada en relación con las normas anteriores), la reconstitución de las actas destruidas y la entrega de copias de actas y de registros (art. 1.442 a 1.507).

El libro IV está consagrado totalmente al *arbitraje*: convenios de arbitraje; instancia arbitral; sentencia arbitral; vías de recurso; arbitraje internacional; reconocimiento, ejecución forzosa y vías de recurso respecto de las sentencias arbitrales dadas en el extranjero o en materia de arbitraje internacional (art. 1.442 a 1.507).

La *entrada en vigor* de los textos del Libro III ha sido fijado en el primero de enero de 1982, salvo el artículo 1.103, declarado inmediatamente aplicable. Con la reserva de algunas adaptaciones que afectan al arbitraje internacional y a las sentencias arbitrales dadas en el extranjero, el Libro IV es de aplicación inmediata.

25. *Corte de casación. Reforma. Ley núm. 81-759 de 6 de agosto de 1981 (J.O. de 7 de agosto de 1981, p. 2178).*

Una vez más, el legislador trata de encontrar un remedio a la sobrecarga que soporta la corte de casación. A la espera, sin duda, de una reforma en profundidad de la institución, ha tomado partido, de un lado, por reducir de 7 a 5 el *quorum de audiencia* (era, hasta 1952, de 11 !) y de otro lado, ampliar la *competencia de la formación restringida*, creada por la Ley de 3 de enero de 1979: mientras que en su origen esta formación no tenía otra función que la de eliminar, por vía de *denegación*, los recursos inaceptables o manifiestamente mal fundados, puede en lo sucesivo, en base a la decisión del Presidente Primero o del Presidente de la Cámara correspondiente, juzgar los casos cuya decisión parece imponerse (por vía de denegación o de casación según el caso); esto a menos que remita el examen del recurso a la audiencia de la cámara, lo que puede producirse por demanda de una de las partes, y lo que es de derecho si uno de los magistrados que componen la formación restringida lo demanda.

Sobre esta ley, v. J. Boré, *La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation*, D. 1981, Chr. 299.

26. *Tasas de competencia de los tribunales de instancia y gran instancia en materia civil, de los tribunales de comercio y de los tribunales de conciliación en materia laboral. Decreto núm. 81-818 de 1 de septiembre de 1981 (J.O. de 5 de septiembre de 1981, p. 2378).*

De las diversas disposiciones de este decreto destacan principalmente:

- que para las materias en que tiene competencia exclusiva, el *tribunal de gran instancia* falla en último lugar si el montante de la demanda es a lo sumo de 10.000 francos (en lugar de 3.500);

- que el Tribunal de instancia, para todas las acciones personales o mobiliarias, falla en último lugar hasta un valor de 700 francos (en lugar de 3.500) y a cargo de la apelación si el montante de la demanda es a lo sumo de 20.000 francos (en lugar de 10.000);
- que el *Tribunal de comercio* ve su tasa de competencia en último lugar cifrada en 7.000 francos (en lugar de 3.500);
- y que el *Tribunal de conciliación en materia laboral* falla en último lugar cuando la cifra de la demanda no excede de 7.000 francos (en lugar de 3.500).

27. *Estatuto de los conciliadores. Modificaciones. Decreto núm. 81-583 de 18 de mayo de 1981 (J.O. de 19 de mayo de 1981, p. 1556).*

28. *Institución de los conciliadores médicos. Decreto núm. 81-582 de 15 de mayo de 1981 (J.O. de 19 de mayo de 1981, p. 1556).*

29. *Formación de los futuros abogados. Certificado de aptitud para la profesión de abogado. Decreto núm. 81-887 de 28 de septiembre de 1981 (J.O. de 1 de octubre de 1981, p. 2678).*

30. *Suspensión de embargo sobre cuenta corriente, de depósito o anticipo, alimentada en todo o en parte por remuneraciones del trabajo. Decreto número 81-359 de 9 de abril de 1981 (J.O. de 17 de abril de 1981, p. 1087).*

El decreto de 9 de abril de 1981 fija las condiciones de aplicación del artículo 14-VI de la Ley de 20 de diciembre de 1972 (Ley de finanzas para 1973), asegurando la salvaguarda al beneficio del asalariado unas disposiciones relativas a la porción inembargable del salario. Esta porción inembargable debe ser determinada por el empleador que entrega al asalariado una certificación mencionándola, para la comunicación al tercero embargado. Este último debe vigilar para que la porción inembargable así definida sea dejada a disposición del asalariado, cuya cuenta corriente, de depósito o anticipo, es alimentada por los ingresos de su trabajo.

5. DERECHO RURAL

31. *Agricultura. Cesación de la actividad. Indemnización vitalicia de salida. Decreto núm. 81-88 de 30 de enero de 1981 (J.O. de 3 de febrero de 1981, p. 433) y orden de 30 de enero de 1981 (J.O. de 3 de febrero de 1981, p. 436).*

32. *Agrupamiento-ordenación. Decreto núm. 81-225 de 10 de marzo de 1981 (J.O. de 11 de marzo de 1981, p. 749).*

El decreto de 10 de marzo de 1981 ha sido promulgado para la aplicación del artículo 19-1 del Código rural (resultado de la Ley de Orientación Agrícola de 4 de julio de 1980), que ha creado una modalidad de agrupamiento llamada agrupamiento-ordenación, que está dirigida a salvaguardar el espacio agrícola aunando las operaciones de agrupamiento de tierras de destino agrícolas y las de zoneamiento comunal.

6. DERECHO SOCIAL Y PROFESIONAL

33. *Protección del empleo de los asalariados víctimas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Ley núm. 81-3 de 7 de enero de 1981 (J.O. de 8 de enero de 1981, p. 191).*

34. *Trabajo a tiempo parcial. Ley núm. 81-64 de 28 de enero de 1981 (J.O. de 29 de enero de 1981, p. 370).*

35. *Contratos de empleo-formación. Modificaciones. Decreto núm. 81-770 de 7 de agosto de 1981 (J.O. de 11 de agosto de 1981, p. 2200).*

36. *Duración semanal del trabajo en la función pública. Decreto núm. 81-1099 de 8 de diciembre de 1981 (J.O. de 16 de diciembre de 1981, p. 3415).*

37. *Formación profesional de los notarios. Modificaciones. Decreto número 81-1099 de 8 de diciembre de 1981 (J.O. de 16 de diciembre de 1981, p. 3415).*

38. *Formación de los componentes de los tribunales de conciliación en materia laboral. Decreto núm. 81-1095 de 11 de diciembre de 1981 (J.O. de 13 de diciembre de 1981, p. 3400).*

III. JURISPRUDENCIA

I. PERSONAS Y FAMILIA

1. *Adición de nombre. Condiciones. Interés legítimo. Civ. 1.ª, 3 de febrero de 1981, Bull. civ. I, núm. 41, p. 33, Rep. Defrenois, 1981, artículo 32.733, p. 1224, obs. Massip.*

La Corte de casación ha reprobado, en su sentencia, a una Corte de apelación que, para rehusar la adición de un nombre, había señalado que el estado de hecho creado por la madre del demandante, que siempre había sido conocido por el nombre cuya adición demandaba, no constituía para él el interés legítimo exigido por el artículo 57, párrafo 3 del Código civil. La Corte de casación afirma que los jueces del fondo no podían fallar así, sin explicar por qué motivos el hecho así constatado, y que la Corte había señalado que no era imputable al demandante, no constituía para él un interés legítimo.

Según la observación de Massip, la sentencia no contradice la fórmula clásica «según la cual no se puede crear un derecho invocando una situación de hecho que por sí mismo ha instaurado. Pero conduce a permitir el cambio de nombre cada vez que una persona pueda prevalerse de un uso prolongado remontándose a la infancia, que en cuanto tal, no aparece como resultado de su acción, sino de la de sus parientes».

La Corte de casación adopta, en el dominio de los nombres, una posición francamente liberal, lo que testimonia otra sentencia de la misma cámara (Civ., 1.ª, 10 de junio de 1981, D. 1982, 160, con nota de Agostini), que desa-

prueba el rechazo de «cereza» como nombre escogido para un hijo. Los jueces de apelación habían justificado este rechazo en el hecho de que no fue establecido que el calendario republicano en el que figuraba el nombre «Cereza», y que era invocado por los padres, tuviesen un origen oficial. A esto, la Corte de casación opone que «los padres pueden escoger como nombres —bajo la reserva general de que, en interés del hijo, no sean considerados ridículos— los de uso de los «diferentes calendarios» y ... que no existe ninguna lista oficial de nombres autorizados».

2. *Filiación natural. Investigación de la paternidad. Mala conducta notoria de la madre. Desestimación de la demanda.* Civ. 1.ª, 28 abril de 1981, *Rep. Defrenois* 1981, art. 32.787, p. 1557, obs. *Massip*.

Para la aplicación del artículo 340-1 del Código civil, que admite, como denegación a la acción de investigación de la paternidad (a diferencia de lo que sucede en la acción con fin de subsidio), la mala conducta notoria de la madre durante el período de concepción, la Corte de casación precisa aquí que no es necesario que esta mala conducta haya durado todo el tiempo del período de concepción. Lo que es necesario, y lo que basta, es que durante una parte de este período la madre haya tenido una conducta de tal naturaleza que produzca la duda sobre la paternidad del padre buscado.

3. *Divorcio. Ruptura de la vida común. Deber de socorro* (Civ. 2.ª, 11 de febrero de 1981), *Bull. civ. II*, núm. 31, p. 21, *Rep. Defrenois* 1981, art. 32.787, p. 1562, obs. *Massip*.

La sentencia de 11 de febrero de 1981 reafirma de manera particularmente clara el principio de la no acumulación de la prestación compensatoria y de la obligación de socorro: por el divorcio por ruptura de la vida común, al no poner fin a la obligación de socorro, el demandante no debe ser condenado a pagar a su cónyuge una suma correspondiente, incluso en parte solamente, a una prestación compensatoria (v. en el mismo sentido, París, 29 de junio de 1978, J. C. P. 1979, II, 19.064, con nota de Lindon; Civ. 2.ª, 18 de abril de 1980, D. 1980, I.R. 439, obs. Bénabent).

2. BIENES

4. *Inmuebles por destino. Afectación a la explotación de un fundo.* Artículo 524 C. civ. Civ. 3.ª, 5 de mayo de 1981, *Bull. civ. III*, núm. 89, p. 65, *Rep. Defrenois* 1981, art. 32.750, p. 1302, obs. *Souleau*.

El artículo 524 del Código civil enuncia que «los objetos que el propietario de un fundo ha situado para el servicio y la explotación de este fundo son inmuebles por destino». La Corte de casación admite la aplicación de esta solución a un stock de tierra situado por un horticultor en unos invernaderos y pontones que pertenecen a su explotación. Esta decisión puede ser comparada útilmente a una sentencia precedente (Civ. 3.ª, 1 de diciembre de 1976, J.C.P. 1977, II, 18.735 conclu. Gulphe, *Rev. trim. dr. civ.* 1978, 158, obs. Giverdon), que, al contrario, había rehusado aplicar el artículo 524 a un stock de cognac, afectado a un dominio. La diferencia de las soluciones se

explica muy bien: el stock de cognac estaba destinado esencialmente a la venta; por contra, el stock de tierra, incluso si finalmente debía ser cedido accesoriamente con las plantas vendidas, tenía esencialmente vocación para servir a la explotación. Es la idea de afectación a la explotación lo que constituye el criterio decisivo.

3. OBLIGACIONES

5. *Vicio del consentimiento. Error en la sustancia. Obra de arte. Dudas sobre la autenticidad. Civ. 1.ª, 2 de junio de 1981, Bull. civ. I, núm. 188, p. 154.*

Como resultado de una venta en subasta pública, el comprador de un cuadro indicado en el catálogo como obra del pintor Adrián Van Ostrade pretende la nulidad de esta venta en base a que el Instituto holandés de historia del arte, de La Haya, al que había enviado una fotografía del cuadro, le comunicó, en atención a este único documento fotográfico, que podía dudarse sobre la autenticidad de esta obra. La Corte de casación, en su sentencia de 2 de junio de 1981, aprueba la decisión de los jueces de fondo que rechazaron esta pretensión.

El interés de esta sentencia está en precisar un poco, al marcar los límites, la jurisprudencia reciente según la cual la existencia de una duda acerca de la realidad (duda sobre la autenticidad de una obra de arte, por ejemplo) no excluye que un error pueda haber sido cometido y justifique una sanción (cf. Civ. 1.ª, 22 de febrero de 1978, D. 1978, 601, nota de Malinvaud; v. también J. Flour y J. L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1.º, *L'acte juridique*, A. Colin, 3.ª ed. con *Addendum* 1980, principalmente página 10 del *Addendum*). Para que la nulidad sea procedente en un caso semejante es preciso y suficiente que el adquirente haya adquirido la cosa con la certidumbre de su autenticidad. Entonces, la contradicción entre la certidumbre originaria y la incertidumbre revelada manifiesta la existencia de un error. Pero, además, es necesario para esto que el demandante lleve a cabo la *prueba* de esta certidumbre, que le había determinado a comprar. A falta de esta prueba, no podrá reclamar la nulidad del contrato más que probando la no autenticidad (cierta) del objeto.

6. *Acto simulado. Sanción. Nulidad del acto oculto. Validez del acto aparente. Artículo 1.840 del Código general de impuestos. Cám. mixta, 12 de junio de 1981, D. 1981, 413, concl. Cabannes.*

La sentencia de la Cámara mixta va a poner fin —al menos hay que esperar— a ciertas fluctuaciones jurisprudenciales en la aplicación del artículo 1.840 del Código general de impuestos, que sanciona con la nulidad del acto oculto las operaciones de simulación. Algunas sentencias, en efecto, habían admitido que la nulidad debía extenderse al conjunto de la operación cuando el acto aparente y el acto oculto podían ser considerados como indivisibles (v., por ejemplo, Civ. 3.ª, 28 de octubre de 1974, D. 1975, 404, *Rep. Defrenois* 1975, art. 31.002, p. 1329, obs. J. L. Aubert). Así, en caso de venta aparente por un precio de 100.000 francos, con una convención

oculta estableciendo un complemento de precio de 50.000 francos, el acto (aparente) de venta podía, según estas sentencias, ser anulado al mismo tiempo que el acto oculto en razón de su indivisibilidad.

La Cámara mixta rechaza claramente esta interpretación: «la nulidad decretada respecto de toda convención que tenga por fin disimular parte del precio de venta de un inmueble, no se aplica más que a la convención oculta y no afecta a la validez del acto ostensible, sin que haya lugar a buscar si hay o no indivisibilidad entre las dos convenciones».

La solución merece la más completa aprobación: de una parte, pone fin a una confusión entre la cuestión de la *prueba* de la *simulación* —que supone la demostración de la indivisibilidad del acto aparente y oculto— y la cuestión de la sanción del artificio, que queda extraña a esta noción; de otra parte, salvaguarda la función preventiva del artículo 1.840, que desanima al fraude.

7. *Responsabilidad civil. Artículo 489-2 C. civ. Daño causado bajo los efectos de una perturbación mental. Desvanecimiento. Civ. 2.ª, 4 de febrero de 1981, Bull. civ. II, núm. 21, p. 15.*

Una persona, víctima de una enfermedad cardiaca, había perdido el conocimiento y, en su caída, había herido a otra persona, que demandó la reparación del daño sufrido. La Corte de apelación (Grenoble, 4 de diciembre de 1978, D. 1979, 474, nota de Poisson-Drocourt, *Rev. trim. dr. civ.*, 1979, número 1, p. 386, obs. Durry, J.C.P. 1980, II, 19.340, nota de Dejean de la Bâtie) había acogido esta demanda, fundándose en el artículo 489-2 del Código civil, a cuyo tenor «el que ha causado un daño a otro cuando estaba bajo el imperio de una deficiencia mental, no deja de estar obligado a reparación». Esta decisión es casada, al observar la Corte de casación «que es necesario que, para estar obligado a la reparación en virtud del artículo 482-2 C. civ., el que ha causado un daño a otro estuviese bajo el imperio de una deficiencia mental». Esta argumentación parece discutible: en realidad, no basta que el autor se encuentre bajo el imperio de una deficiencia mental para ser obligado a la reparación, es necesario que su comportamiento haya sido objetivamente culpable. Luego si, como dice la Corte de casación, la noción de deficiencia mental es suficientemente amplia para comprender una hipótesis como la del caso, aparece, por contra, que la culpa objetiva es difícil —si no imposible— de discernir en tal caso.

8. *Responsabilidad del comitente. Culpa grave del encargado. Cláusula de irresponsabilidad. Civ. 1.ª, 31 de marzo de 1981, Bull. civ. I., núm. 112, p. 95, Rev. trim. dr. civ. 1981, núm. 6, p. 859, obs. Durry.*

Un conductor, puesto a disposición de una sociedad por una empresa de transportes, había causado un accidente cuando se encontraba en estado de embriaguez. La sociedad reclamaba la reparación del daño que había sufrido a la empresa, la cual le oponía una cláusula de renuncia a recurrir, que había sido estipulada en su contrato. Sin embargo, los jueces han establecido la reparación solicitada, fundándose en la responsabilidad del co-

mitente por el hecho de sus encargos, considerando que la culpa grave del encargado impide, como la propia culpa grave del comitente, el juego de la cláusula de irresponsabilidad. De esta manera, observa Durry (loc. cit.), la solución es acertada principalmente en cuanto que asegura la aplicación de las sanciones de la culpa grave, incluso en relación con las personas morales (que, en cuanto tales, no pueden cometer semejantes culpas).

9. *Responsabilidad civil. Reparación. Culpa de la víctima principal. Oponibilidad a las víctimas por derivación. As. plenaria, 19 de junio de 1981, Bull. civ. A.P. núms. 3 y 4, p. 3 y 4, Rep. Defrenois, 1981, art. 32.733, p. 1244, obs. J. L. Aubert, Rev. trim. dr. civ. 1981, núm. 5, p. 857, obs. Durry.*

Las sentencias de la Asamblea plenaria confirman la jurisprudencia instaurada por la sentencia de las Cámaras reunidas de 25 de noviembre de 1964 (D. 1964, 753, concl. Aydalot, J.C.P., 1964, II, 13.972, con nota de Esmein), según la cual la culpa cometida por la víctima principal es oponible a sus causahabientes, víctimas por derivación. Es suficiente reproducir su considerando inicial desde el principio, muy elaborado: «El que por culpa ha causado un daño está exonerado en parte de la responsabilidad a su cargo, si prueba que la culpa de la víctima ha concurrido en la producción del daño; ... esto es así, no sólo cuando la demanda de indemnización es formulada por la propia víctima, sino también cuando lo es por un tercero que, actuando por su propia cuenta, demanda la reparación del perjuicio personal, que ha sufrido por el hecho del fallecimiento de la víctima o del ataque corporal sufrido por ella; ... si la acción de este tercero es distinta por su objeto de la que la víctima ha podido ejercer, no deriva menos del mismo hecho originario considerado en todas sus circunstancias».

IV. GARANTIAS. PUBLICIDAD FUNDIARIA

10. *Hipoteca judicial de conservación. Acción de fondo. Plazo. Civ. 3.ª, 6 de enero de 1981, Bull. civ. III, núm. 5, p. 4, Rep. Defrenois, 1981, artículo 32.686, p. 931, obs. J. L. Aubert.*

La Corte de casación mantiene su jurisprudencia (cf. Civ. 2.ª, 12 de enero de 1968, D. 1968, somm. 60), según la cual los artículos 48 y 54 del Código de procedimiento civil deben ser interpretados de manera literal y estricta. Según estos textos la inscripción provisional de hipoteca, ordenada para la conservación de un crédito, debe ser anulada cuando el acreedor no ha acudido, en el plazo señalado por el juez, a la jurisdicción competente para fallar en el fondo del litigio. En el caso, el acreedor, después de haber inscrito su hipoteca provisional, había acudido en el plazo fijado por el juez a una jurisdicción, que era, a continuación, declarada incompetente. El deudor había solicitado, entonces, el alzamiento de la inscripción provisional, lo que fue rehusado en atención a que, al no haberse pronunciado el tribunal sobre el fondo, el plazo no había comenzado a correr. Esta decisión es censurada por la Corte de casación: para no perder el beneficio

de la inscripción, el acreedor debe imperativamente someterse a la jurisdicción competente en el plazo señalado por el juez.

La solución, rigurosa, debe ser aprobada: la gravedad que reviste para el deudor la inscripción provisional de hipoteca justifica que todas las diligencias sean hechas para zanjar el litigio en el fondo.

11. *Publicidad fundiaria. Publicación de la demanda de nulidad de una venta inmobiliaria. Desestimación de la demanda. Ausencia de poder del juez para rechazarla de oficio. Civ. 1.ª, 20 de octubre de 1981, Bull. civ. I, núm. 301, p. 253; Civ. 3.ª, 3 de noviembre de 1981, Bull. civ. III, núm. 176, p. 127.*

Dos sentencias de la Corte de casación precisan un poco la sanción de falta de publicación de una acción de nulidad dirigida contra la venta de un inmueble. La inobservancia de las formalidades de publicidad fundiaria es sancionada, en este caso, con la desestimación de la demanda por nulidad (art. 30-5 del decreto de 4 de enero de 1955). La Corte de casación señala que se trata de una auténtica desestimación de la demanda (y no de un vicio de forma que afecta a la demanda), la cual puede ser invocada *en todo estado de la causa* (cf. art. 123 Nuev. C. Proc. civ.), y esto «incluso por uno de los contratantes o su causahabiente universal» (Civ. 1.ª, 20 de octubre de 1981). Pero esta desestimación de la demanda no puede ser acogida de oficio por el juez (Civ. 3.ª, 3 de noviembre de 1981), lo que es conforme al artículo 125 del Nuev. C. prov. civ., según el cual únicamente pueden ser declaradas de oficio las desestimaciones de demandas que tienen carácter de orden público —lo que no sucede en el caso— y la desestimación de la demanda derivada de falta de interés, lo que es algo totalmente diferente.

V. CONTRATOS

12. *Préstamo con interés. Tipo de interés. Tipo efectivo global. Mención escrita obligatoria. Civ. 1.ª, 24 de junio de 1981 (3 sentencias). Bull. civ. I, núms. 233 a 235, pp. 190 y 191.*

El artículo 1.907, párrafo 2 del Código civil enuncia que «el tipo de interés convencional debe ser fijado por escrito»; el artículo 4 de la ley número 66-1.010 del 28 de diciembre de 1966 (relativo a la usura) dispone, a su vez, que «el tipo efectivo global... debe ser mencionado en todo escrito constatando un contrato de préstamo regido por la presente ley».

Las tres sentencias de 24 de junio de 1981 dan su pleno alcance a estas disposiciones: la falta de la mención escrita exigida por la ley es sancionada con la nulidad. Esta nulidad se aplica a la única estipulación de intereses, sin afectar al propio préstamo, al que se aplicará entonces el tipo del interés legal.

La solución así admitida viene a demostrar que la Corte de casación

ha superado sus prevenciones habituales respecto del formalismo (cf. Flour y Aubert, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 3.ª ed. 1980, con *Addendum*, núms. 308 y s.). Es necesario aprobarla: en efecto, en su defecto la protección de los prestatarios podría ser ilusoria.

13. *Venta por renta vitalicia. Azar. Ancianidad del vendedor. Civ. 1.ª, 23 de junio de 1981. Bull. civ. I, núm. 231, p. 188, Rev. trim. Dr. civ. 1981, núm. 169, p. 127, obs. F. Chabas.*

«La avanzada edad del acreedor de la renta no suprime por sí sólo el carácter aleatorio de una venta consentida contra el pago de una renta vitalicia». Tal es el principio, difícilmente rebatible, que afirma aquí la Corte de casación. Para oponerse al carácter aleatorio de la operación es necesario justificarlo con otras circunstancias: enfermedad que afecta al acreedor de la renta con pocas esperanzas de supervivencia; relación entre la enfermedad que padece el acreedor de la renta en el momento del acto constitutivo de la renta y su fallecimiento sobrevenido poco después; conocimiento por el adquirente de la gravedad del estado de salud del acreedor de la renta. Esta última circunstancia, que es invocada por la sentencia, suscita una crítica de nuestro colega Chabas. Según este autor, el azar es una noción puramente objetiva, que excluye toda toma en consideración de lo que los compradores conocen del estado del vendedor. La objeción nos parece excesiva. Ciertamente es exacto que el azar es rigurosamente objetivo en el caso del artículo 1.975, que determina la nulidad de la venta por renta vitalicia cuando el acreedor de la renta fallece, dentro de los veinte días del acto, por enfermedad que padecía en el día de la conclusión del mismo. Por el contrario, desde el momento en que estamos fuera de esta hipótesis —el fallecimiento ha tenido lugar cuando ya han transcurrido veinte días desde la conclusión del contrato—, la comprensión del azar debe ser más flexible y es preciso tener en cuenta el Derecho común, que admite que el azar sea simplemente subjetivo, es decir, especialmente que exista solamente en el espíritu del deudor de la renta (cf. Ghestin, *Traité de droit civil*, tomo II, *Le contrat*, núm. 675; G. Klein, *Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager*, en *Rev. trim. Dr. civ.*, 1979, 13, especialmente núms. 32 y s.). La nulidad del contrato no está entonces subordinada a la exclusiva constatación de un azar inexistente o muy dudoso: es preciso probar que el deudor de la renta conocía esta ausencia de azar. En pocas palabras, el éxito de la acción de nulidad supone que se pruebe que ni siquiera existía este azar subjetivo para que se aplique el Derecho común. Por referencia a la solución del artículo 1.975, la situación del demandante de nulidad se convierte entonces mucho más difícil. Pero no hay que sorprenderse, puesto que las condiciones de aplicación del artículo 1.475 —que deroga el Derecho común para favorecer al demandante o por desconfianza hacia el demandado—, por hipótesis, no son reunidas.

14. *Venta de inmueble. Terreno no edificable. Error en una cualidad sustancial. Vicio oculto de la cosa. Plazo para accionar. Civ. 3.ª, 11 de fe-*

brero de 1981, Bull. civ. III, núm. 31, p. 24, Rev. trim. Dr. civ. 1981, núm. 1, p. 860, obs. Remy.

El adquirente de un terreno declarado edificable (certificado de urbanismo anexo al acto), no habiendo obtenido el permiso de construcción, falta de aptitud del terreno por una vía transitable, había demandado la nulidad de la venta por error en la sustancia. Su demanda es rechazada debido a que el error padecido por el adquirente era la consecuencia de un vicio oculto, que hace la cosa impropia para el uso al que era destinada y, en consecuencia, el demandante tendría que haber accionado en un breve plazo, conforme a las exigencias del artículo 1.648 del Código civil (en lugar de beneficiarse de la prescripción quinquenal de la acción de nulidad por error, art. 1.304).

Así, la Corte de casación, por segunda vez (cf. Civ. 1.ª, 19 de julio de 1960, *Bull. civ.*, I, núm. 408, p. 334, *Rev. trim. Dr. civ.* 1961, 332, obs. J. Carbonnier) admite que cuando las condiciones de aplicación del artículo 1.110 (error) y del artículo 1.648 (vicio oculto de la cosa) son reunidas simultáneamente, es este último, de objeto y alcance más estricto, el que sólo debe ser aplicado. La solución se justifica mal: parece derivar simplemente del principio que propende a que las soluciones especiales descarten a las generales.

VI. REGIMENES MATRIMONIALES

15. *Comunidad. Crédito por daños y perjuicios. Carácter común. Civ. 1.ª, 12 de mayo de 1981, Bull. civ. I, núm. 156, p. 128. Rep. Defrenois 1981, artículo 32.750, p. 1314, obs. G. Champenois.*

El artículo 1.404, párrafo 1, debe ser interpretado estrictamente en lo referente al derecho de reparación de un daño corporal y moral, a pesar de la referencia final que hace este texto a todos los bienes que «tienen carácter personal». Es lo que expresa la sentencia de 12 de mayo de 1981.

En el caso, una mujer había retirado dinero de la cuenta bancaria de su marido, imitando su firma en un cheque. Había sido condenada por la jurisdicción penal a pagar a su marido, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, una suma igual al montante del cheque falsificado. La Corte de casación afirma aquí que esta indemnización de daños y perjuicios no tiene la condición de privativa del marido y debe ir a parar al activo de la comunidad; sólo la indemnización por daño corporal o moral puede, en los términos del artículo 1.404, constituir un bien privativo para el acreedor.

16. *Comunidad. Indemnización de las víctimas de una catástrofe. Bien común. Civ. 1.ª, 6 de enero de 1981, Bull. civ. I, núm. 4, p. 3. Rep. Defrenois 1981, art. 32.750, p. 1312, obs. G. Champenois.*

Beneficiario de la ayuda resultante de una suscripción pública abierta en beneficio de las víctimas de una catástrofe, un viudo pretendía que lo que él había recibido debía ser considerado como el fruto de una donación.

hecha a él personalmente, aunque las sumas hayan sido entregadas a título de perjuicio que afecta a los bienes comunes. Los herederos de su mujer pretendían, al contrario, que estas sumas constituían bienes comunes, que, como tales, tenían vocación de ser partidos. Es lo que ha admitido la Corte de casación, cuya motivación principal basta con reproducir: «desde el momento en que la Corte de apelación comprueba que fondos que provienen de una suscripción en favor de las víctimas de una catástrofe han sido atribuidas en función de criterios fundados en la naturaleza de los perjuicios sufridos, está justificado jurídicamente que decida que la parte de estos fondos entregados a una víctima en reparación de perjuicios inmobiliarios y comerciales resultantes de la pérdida de un inmueble y de un fondo de comercio pertenezca a la comunidad, debe ser ingresada en la masa de los bienes de esta comunidad, en la que los herederos de la esposa fallecida pueden hacer valer sus derechos, no teniendo la Corte de apelación que explicarse sobre la naturaleza jurídica de los fondos que provienen de la suscripción, cuestión sin interés para la solución del litigio».

17. *Comunidad. Cogestión de los esposos. Violación. Promesa de venta. Plazo para pedir la nulidad. Civ. 1.ª, 2 de junio de 1981, Bull. civ. I, núm. 187, p. 153, Rep. Defrenois 1981, art. 32.750, obs. G. Champenois.*

El régimen de comunidad legal organiza, para los actos de disposición más importantes (venta de inmuebles, fondos de comercio...) un régimen de cogestión de los esposos: los dos deben dar su consentimiento al acto bajo pena de nulidad. Para no hacer durar excesivamente una incertidumbre perjudicial a la seguridad jurídica, el artículo 1.427, párrafo 2, del Código civil incardina la acción de nulidad en un plazo más corto que el del Derecho común: «la acción de nulidad está abierta al cónyuge durante dos años a contar del día en que ha tenido conocimiento del acto, *sin poder nunca ser intentada pasados dos años de la disolución de la comunidad*».

La Corte de casación se encuentra ante un caso en que la norma así puesta e interpretada literalmente puede conducir al absurdo. En el supuesto, un marido había consentido sólo, en 1967, una promesa de venta de un inmueble común al arrendatario que ocupaba este inmueble. El acto determinaba que el beneficiario de la promesa podía ejercitar la opción entre el primero de octubre de 1972 y el 30 de septiembre de 1977 y que sobre el precio de 350.000 francos se imputaría una suma igual a la mitad de los alquileres pagados por el arrendatario desde el primero de octubre de 1967. El promitente falleció el 31 de mayo de 1972 y, en diciembre de 1975, el beneficiario de la promesa ejercitaba la opción. El 8 de noviembre de 1976, la viuda demandaba la nulidad de la venta en virtud de la aplicación del artículo 1.427. Los jueces del fondo declararon entonces esta demanda inadmisibles por haber sido interpuesta pasados ya dos años de la disolución del matrimonio, último punto de partida del plazo de dos años.

Esta es la solución que rechaza, con razón, la Corte de casación. Juzga que, en semejante hipótesis, el plazo, no pudiendo comenzar a correr antes que el beneficiario de la promesa haya declarado su voluntad de adquirir,

la acción de nulidad es admisible en los dos años a contar de esta fecha, aunque la comunidad fue disuelta hacía más de dos años en razón del fallecimiento del marido: «por muy general que sea la fórmula del artículo 1.427, no puede tener por efecto privar al cónyuge del derecho de pedir la nulidad durante los dos años que siguen a la realización del acto».

18. *Comunidad. Cogestión de los esposos. Violación. Sanción. Excepción de nulidad.* Civ. 1.ª, 8 de diciembre de 1981. Bull. civ. I, núm. 366, p. 310, Rep. Defrenois 1982, art. 32.852, p. 427, obs. G. Champenois.

Esta sentencia de la Corte de casación contribuye a precisar las condiciones de aplicación del artículo 1.427. La cuestión aquí planteada era saber, en el caso de venta de inmueble común consentida por el marido exclusivamente, si el esposo podía oponer la excepción de nulidad a la demanda de ejecución de este contrato, ya que el plazo de dos años fijado por el artículo 1.427 había transcurrido. Con razón, creemos nosotros, la Corte de casación responde afirmativamente, aplicando en este sentido principios del Derecho común de las obligaciones, que admiten la perpetuidad de la excepción, cuando la convención irregular no ha sido ejecutada (cf. J. Flour y J. L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, núm. 354). Según la Corte de casación, el artículo 1.427 «no puede tener por efecto privar al cónyuge del derecho a invocar la nulidad como medio de defensa contra la demanda de ejecución de un acto irregularmente celebrado por el otro esposo».

VII. LIBERALIDADES. SUCESIONES

19. *Liberalidades. Legados. Revocación por inejecución de las cargas.* Civ. 1.ª, 27 de enero de 1981, Bull. civ. I, núm. 32, p. 27. Rev. trim. Dr. civ. 1981, núm. 4, p. 891, obs. Patarin.

La sentencia de 27 de enero de 1981 hace aplicación de una distinción importante en materia de revocación de los legados por inejecución de las cargas: si la inejecución culpable justifica siempre la revocación, por el contrario la inejecución no culpable determina este mismo resultado solamente cuando la ejecución de la carga aparece como la causa impulsora y determinante de la liberalidad. Y es al juez del fondo al que incumbe apreciar este punto. En el caso, en que el testador había hecho un legado a sus hijos imponiendo como condición que su féretro sea cubierto con la enseña de la sociedad del libre pensamiento, el carácter impulsor y determinante de la carga no ha sido reconocido. En ausencia de culpa de los herederos (?), su legado ha sido mantenido.

Traducción a cargo de
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ,
Profesor de Derecho civil
de la Universidad Autónoma de Madrid

La nueva regulación alemana sobre la patria potestad

ANTONIO PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

SUMARIO: 1. Antecedentes de la reforma.—2. Criterios innovadores adoptados.—3. Naturaleza jurídica y estructura del cuidado paterno.—4. El cuidado personal: concepto y contenido.—5. El cuidado patrimonial: contenido, limitaciones y terminación.—6. El cuidado paterno respecto de los hijos extramatrimoniales.—7. Limitaciones de la patria potestad.—8. Extinción y suspensión.—9. Nueva regulación de la patria potestad tras la ley reformativa del BGB de 18 de julio de 1979: traducción de los títulos V y VI de la Sección II del Libro IV del BGB.—10. Bibliografía posterior a la reforma.

La reforma de la patria potestad era, en el Derecho alemán, una necesidad derivada de dos trascendentales innovaciones introducidas en la legislación civil: la equiparación de los hijos y la igualdad de los cónyuges.

A la equiparación jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos no se llega hasta la reforma del BGB operada en 1969 por la «Ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos», que entró en vigor el primero de julio de 1970. Se culminaba con ella una atormentada lucha del legislador, que comenzó con el artículo 121 de la Constitución de Weimar, alcanzó una cierta tregua con la «Ley de Beneficencia Juvenil» de 1922, trató de terminar con los Proyectos de 1925, 1929, 1935 y 1963 (los dos primeros oficiales, el tercero elaborado por la sección alemana de «Caritas» y el cuarto redactado por el Instituto Alemán para la Institución Tutelar), y logró la primera victoria en el artículo 6.º de la Ley Fundamental de Bonn de 1961. No obstante, este precepto tenía un carácter meramente programático, y la lucha por su concreción no fue menor que la lucha por su consagración legal. Se llega por fin —después de numerosas leyes en que se ordena la equiparación en diversos ámbitos de la vida pública— a la reforma de los párrafos 1.705 a 1.717, relativos a la «posición jurídica de los hijos ilegítimos».

La tendencia a la igualdad jurídica de los cónyuges tiene una

evolución semejante: se inicia en el artículo 119 de la Constitución de Weimar, se recoge en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn y entra en el campo civil en tres sucesivas leyes reformadoras, las llamadas «Ley de Equiparación Jurídica» de 1957, «Ley de Modificación del Derecho de Familia» de 1961 y «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial» de 1976.

A pesar de recoger ya en su propio texto tan radicales innovaciones, el propio BGB continuaba configurando la patria potestad —aunque con algunas modificaciones progresistas, como las introducidas en 1957, 1959 y 1976— según los criterios tradicionales. No obstante, el artículo 3.º de la Ley Fundamental proclamaba desde 1953 que la patria potestad correspondía «al padre y a la madre», y el Tribunal Constitucional había ya declarado en una sentencia con fuerza de ley («gesetzkräftiges Urteil») de 1959 la nulidad de los párrafos 1.628 y 1.629, que atribuían al padre mayor autoridad que a la madre en las cuestiones relativas a la crianza y educación de los hijos. Lo que existía por tanto en el BGB era más una laguna legal que una normativa inadecuada, y la misión de la legislación que entró en vigor en 1980 fue la de completar el Ordenamiento jurídico.

La legislación de la República Democrática Alemana venía siendo en este punto más progresista: desde la Ley de 27 de septiembre de 1950 la patria potestad se atribuía a ambos cónyuges conjuntamente, y el vigente Código de Familia de 1965 cambió incluso la terminología, hablando de «derecho de educación» («Erziehungsrecht») en lugar de utilizar la expresión tradicional «elterliche Gewalt». Lo mismo cabe decir del Ordenamiento suizo, que desde la redacción originaria del ZGB (párrafo 274) atribuye la patria potestad a ambos padres conjuntamente, y del sistema inglés, con su institución de la «guardianship by nature», que corresponde al padre o a la madre según la conveniencia del hijo.

En su radical y definitivo apartamiento de los antecedentes germánicos de la patria potestad, el legislador ha adoptado diversos criterios innovadores:

1.º Los padres han de actuar siempre de mutuo acuerdo. El párrafo 1.627, después de proclamarlo así, insiste en la unificación de los criterios paterno y materno: en los casos de divergencias de opinión deben intentar ponerse de acuerdo. Según el párrafo 1.628, si los padres no pueden ponerse de acuerdo, el Tribunal de Tutelas podrá encomendar la facultad decisoria al padre o a la madre, según lo aconseje el interés del hijo. El legislador vuelve a insistir: antes de adoptar cualquier medida el Tribunal de Tutelas deberá procurar que los padres se pongan de acuerdo en un criterio que beneficie al hijo. En algunos casos especiales —como los de los párrafos 1.844 y 1.846— el Tribunal de Tutelas puede adoptar medidas por sí mismo, en lugar de trasladar tal facultad a uno de los padres. Pero no todas las decisiones que hayan de tomarse en el ejercicio de la patria potestad han de ser adoptadas conjuntamente. Según Beitzke, las «activi-

dades materiales de asistencia» («tatsächliche Fürsorgehandlungen») pueden llevarse a cabo individualmente, siempre que discurren en el marco de las directrices básicas adoptadas por los padres —éstas sí de común acuerdo— respecto del ejercicio de la patria potestad. Encuentra apoyo positivo para esta tesis el ilustre profesor de Bonn en el parágrafo 1.606, relativo a la prestación de alimentos; y se pregunta a continuación si es necesaria también la representación conjunta para celebrar negocios en nombre del hijo. A pesar de la declaración afirmativa terminante del parágrafo 1.629 BGB, el profesor Beizke, en base a diversas sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, considera admisibles, en casos excepcionales en que una necesidad apremiante lo imponga, la representación exclusiva por uno de los padres (por ejemplo, para oponer excepciones en un procedimiento ejecutivo improcedente dirigido contra el patrimonio del hijo).

2.º Se ha ampliado el poder del Tribunal de Tutelas, que puede adoptar medidas respecto del hijo incluso contra la voluntad de los padres, y que pueden llegar hasta la separación del hijo. Como observan los profesores Weyers y Kuhn-Päbst («Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal Alemana: año 1980», traducidos por el Notario Juan José Alvarez-Sala Walther en el número de octubre-diciembre de 1981 de este A.D.C.), bajo la legislación anterior una medida de este tipo sólo era admisible en caso de comportamiento culpable de los padres.

La «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial» de 1977 introdujo el Tribunal Familiar como una sección especializada de los Tribunales de Primera Instancia. No se trata de tribunales independientes y especiales, sino de tribunales con atribuciones especiales dentro de la organización judicial ordinaria. La doctrina criticó duramente la innovación, tanto por considerarla innecesaria, como por rechazar la heterogeneidad del funcionamiento de ambos tribunales: mientras el Tribunal de Tutelas se rige por la Ordenanza del Proceso Civil («Zivilprozessordnung»), el Tribunal Familiar actúa según las normas de la Ley sobre actos de jurisdicción voluntaria («Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit»). El ámbito de competencia del Tribunal Familiar se determina por los «asuntos familiares» («Familiensachen»), con exclusión absoluta de las cuestiones que afecten a los hijos extramatrimoniales —con lo que, como observan los autores, se ha vuelto a introducir una importante discriminación en el Derecho positivo—. Concretamente, es competente, en materia de filiación, respecto de los siguientes asuntos: regulación de la patria potestad en caso de divorcio (parágrafo 1.671), determinación del trato personal con el hijo (parágrafo 1.634), encargo de su custodia a uno de los padres (parágrafo 1.632) y adopción de medidas modificativas de las anteriormente ordenadas en relación con estos asuntos (parágrafos 1.696 y 1.678). No obstante, la ejecución de las sentencias del Tribunal Familiar corresponde al Tribunal de Tutelas, e incumbe también a éste el nombramiento

de tutor o curador, cuando el Tribunal Familiar ha privado a los padres de la patria potestad, así como todos aquellos asuntos relativos a la patria potestad en que intervenga un tercero (como el contemplado en el párrafo 1.634, apartado 2.º). El Tribunal Familiar competente se determina por el lugar del domicilio común de los cónyuges, en su defecto por el lugar del domicilio común de uno de los cónyuges y el hijo menor de edad, y, a falta de los anteriores, por el lugar en que radicó el último domicilio habitual de los cónyuges. Contra la sentencia del Tribunal familiar cabe recurrir al Tribunal Territorial Superior (Audiencia Territorial).

3.º Se culmina en la reforma de 1980 la evolución legislativa en orden a la configuración de la patria potestad como «relación de cuidado o asistencia» («Fürsorgeverhältnis»). Decía Raiser en 1961 (Juristenzeitung de ese año, pág. 470) que a pesar de rechazarse por la doctrina el concepto de «derecho de dominación sobre personas» («Herrschaftsrechten an Personen»), la patria potestad y la tutela seguían configurándose y entendiéndose como «derechos de dominación». Gernhuber cifra precisamente en esas fechas —hace unos veinte años— la irrupción en la doctrina de una concepción más humanizada de esas instituciones, concepción que cifra la esencia y la medida de su ejercicio en el bienestar o provecho del hijo («Wohl des Kindes»), criterio reiteradamente invocado en la nueva reforma.

4.º Exponente y a la vez cristalización del nuevo sesgo de la institución es el cambio de terminología: se abandona la expresión «elterliche Gewalt», y se adopta la de «elterliche Sorge», estrechamente emparentada con la latina «patria potestas»; frente al antiguo «poder» se habla hoy de «cuidado». Se desecha también la expresión «Vermögensverwaltung», administración patrimonial, y se acoge la de «Vermögenssorge», cuidado patrimonial.

La naturaleza jurídica de la institución de la patria potestad no se perfila por la doctrina alemana de modo uniforme: según Gernhuber, su configuración oscila entre un «amplio derecho subjetivo» («umfassendes subjektives Recht») y una «situación o posición jurídica» («Rechtsstellung oder Rechtsposition»). El Derecho positivo —añade el profesor de Tubinga— agrupa las atribuciones de los padres en un concepto único —la «elterliche Sorge»—, pero ninguna norma del Derecho vigente designa esta institución como derecho unitario. Como consecuencia de ello, el citado autor se inclina por considerar la patria potestad como «derecho subjetivo único y complejo» («einziges komplexes subjektives Recht»), y critica su calificación de «posición o situación jurídica» como complicada e inútil, pues introduce un concepto adicional carente de valor. Por su parte, Beitzke configura la patria potestad como «complejo de derechos y deberes» («Komplex von Rechten und Pflichten»), Erman-Ronke la definen como «relación protectora de Derecho familiar» («familienrechtliches Schutzverhältnis»). Palandt-Diederichsen como «relación legal de protección» («gesetz-

liches Schutzverhältnis») y Soergel-Lange como «situación jurídica de Derecho familiar» («familienrechtliche Rechtsstellung»).

La unificación de las atribuciones de los padres en un derecho subjetivo no aclara por sí misma la relación que existe entre ellos como titulares de la patria potestad. Como afirma Gernhuber, el hablar de cuidado paterno «del padre y de la madre» (parágrafo 1.626) puede dar a entender que se trata de un derecho común de los padres o de dos derechos independientes de cada uno de ellos, que deben ejercitarse conjuntamente. Pero tras reconocer la inaplicabilidad de la distinción, tan arraigada en la doctrina alemana, entre comunidad en mano común y comunidad por cuotas al complejo normativo de los párrafos 1.626 y siguientes, el citado autor propone considerar el «cuidado paterno del padre» y el «cuidado paterno de la madre» como derechos subjetivos independientes, que deben ejercitarse conjuntamente para una uniforme («rectilínea», dice expresivamente Gernhuber) atención del hijo.

La unidad de las distintas facultades que integran la patria potestad, no autoriza a sostener su indivisibilidad. En muchos casos la desintegración o parcelación de la patria potestad es incluso necesaria. Por ello los preceptos que encabezan la regulación de la materia comienzan con la articulación de la patria potestad en cuatro partes: el cuidado personal («Personensorge»), el cuidado patrimonial («Vermögenssorge»), la representación («Vertretung») y el cuidado fáctico de la persona y del patrimonio («tatsächliche Personen- und Vermögenssorge»). Estos dos últimos están, según Gernhuber, perfectamente delimitados, pues la representación recae sobre las relaciones jurídicas externas del hijo, y el cuidado fáctico se refiere a los demás derechos y deberes de los padres. Apunta Schwab que la perfecta distinción entre cuidado personal y cuidado patrimonial no es siempre tarea fácil, y es especialmente importante en los casos —antes indicados— de separación de esas funciones. Es conveniente tener en cuenta que el parágrafo 1.629, apartado 2.º, inciso 2.º, viene a considerar la reclamación de alimentos como facultad integrante del cuidado personal.

Gernhuber define el cuidado personal («Personensorge») utilizando en parte el contenido del parágrafo 1.º de la Ley de Beneficencia Juvenil de 1977, como «educación del hijo para su formación corporal, espiritual y social, con decreciente intensidad teniendo en cuenta su creciente madurez». Schwab se limita a describirlo y de forma negativa, diciendo que «comprende todas las funciones de atención, que no sean simples medidas de administración patrimonial». Beitzke enumera su contenido: asistencia («Fürsorge»), educación («Erziehung»), vigilancia («Aufsicht»), determinación de la residencia («Bestimmung des Aufenthalts») y regulación de sus relaciones personales («Regelung des Umgangs»). Este contenido del cuidado personal debe completarse con lo que Schwab llama «Statusfragen»: la determinación del nombre y el

consentimiento para el matrimonio (que exige el párrafo 3.º de la Ley de Matrimonio) y para la adopción del menor (que exige el párrafo 1.747 BGB). A lo anterior debe añadirse aún la cuestión de la educación religiosa, dotada de una normativa especial: la Ley sobre educación religiosa de los hijos, de 15 de julio de 1921.

Siguiendo este esquema cumulativo que hemos esbozado, estudiamos a continuación los distintos elementos del cuidado personal:

1. La asistencia implica el cuidado del bienestar corporal del hijo, y concretamente su alojamiento, alimentación, vestido y asistencia médica. Quizá sea esta última cuestión la más estudiada por la doctrina alemana; en caso de ser necesario tratamiento médico, el contrato al efecto (con el médico, el sanatorio o el hospital) puede concluirse por los padres en nombre propio —en cuyo caso la doctrina es unánime en considerarlo como un contrato en favor de tercero: Gernhuber, Beitzke, Staudinger-Kaduk, etcétera, e incluso la Jurisprudencia: la Audiencia Territorial de Stuttgart en Sentencia de 1918, el Tribunal Supremo Federal en Sentencia de 1955; la Audiencia Territorial de Celle ha hablado incluso de contrato a favor del «nasciturus»—; y puede también concluirse en nombre del hijo. En el caso del hijo menor de edad casado, dada la restricción que establece el párrafo 1.633 al cuidado paterno, aquél puede decidir por sí mismo su sometimiento al cuidado médico, aunque el contrato deba concluirse por el representante legal. Si se trata de una intervención quirúrgica, los Tribunales han declarado necesario el consentimiento de los padres. Las normas reguladoras del seguro obligatorio de enfermedad han fijado la edad de quince años del menor asegurado para atribuirle íntegramente la facultad de someterse a la intervención (párrafo 36 del «Sozialgesetzbuch»; aunque el apartado 2.º del mismo artículo admite una posibilidad de oposición de los padres a la decisión del hijo).

El internamiento del hijo en un establecimiento adecuado, que lleve consigo privación de libertad, exige la previa autorización del Tribunal de Tutelas. Este organismo prestará su autorización cuando tal medida convenga al bienestar del hijo, y la revocará cuando esta justificación desaparezca (según el inciso final del párrafo 1.631 b). La «Ley para la nueva regulación del derecho de cuidado paterno» de 1979 ha modificado también el procedimiento conducente al internamiento que se desarrollaba en los párrafos 64 y siguientes de la Ley sobre actos de Jurisdicción Voluntaria, para garantizar en la mayor medida posible la seguridad y la libertad del menor. Se impone hoy la obligación de oír al hijo, se consagra una excepción a la regla general de incapacidad procesal que el párrafo 59 de la misma ley dirige a los menores de catorce años, y se permite el nombramiento de un curador para el procedimiento («Verfahrenspfleger»). El párrafo 64 b establece además como plazos de internamiento el

de dos años para caso de enfermedad mental y el de un año en los demás supuestos.

2. Dice Schwab que la función educativa que integra la patria potestad tiene un núcleo inaccesible a la regulación jurídica. El Derecho entra en juego solamente cuando los padres se apartan, en las metas o en los medios educativos, de las concepciones sociales imperantes. Consciente de ello, la ley reformadora de la «*elterliche Sorge*» se ha limitado a sentar dos criterios generales de educación:

1.º Según el párrafo 1.626, los padres atenderán a la creciente capacidad y a la creciente necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones relativas al cuidado paterno, e intentarán ponerse de acuerdo. Como apunta Schwab, no se trata de una auténtica norma jurídica y su eficacia sólo puede tener lugar por la vía del párrafo 1.666.

2.º Según el párrafo 1.631, apartado 2.º, las medidas educativas humillantes son inadmisibles. Esta norma es, al decir de Schwerdtner («*Archiv für die civilistische Praxis*», año 1973) «el fósil de una mentalidad que aún sobrevive», y que obliga al legislador a señalar como límite de los castigos el honor y la integridad moral de los hijos. Se trata en todo caso, según Schwab, de una norma programática, carente de una concreta sanción jurídica. Su ámbito es igualmente indeterminado, y variable con los tiempos y la sensibilidad de los sujetos.

En virtud de la función educativa, los padres habrán de proporcionar a los hijos sometidos a su potestad una instrucción y una profesión adecuada, teniendo especialmente en cuenta, según el párrafo 1.631 a, la aptitud e inclinación de los mismos. Si los padres no tienen en cuenta, manifiestamente, tales circunstancias, y puede derivarse de ello un grave perjuicio para el hijo, el mismo precepto permite que el Tribunal de Tutelas adopte las medidas que considere oportunas sobre el colegio o la formación profesional de aquél.

3. Según Beitzke, la función de vigilancia se extiende a un doble campo: el civil —en que, según Gernhuber, los padres han de evitar un cuádruple daño, el causado por el propio hijo en su integridad física y patrimonial, el causado por el hijo a un tercero (que comporta el «*Schadensersatzpflicht*»), el causado por el tercero al hijo (que lleva consigo la responsabilidad solidaria de aquél y los padres, si éstos han incumplido su función de vigilancia) y el causado por los propios padres al hijo, situación favorecida por el «*Haftungsprivileg*» del párrafo 1.664: «los padres sólo han de responder frente al hijo, en el ejercicio del cuidado paterno, de aquella diligencia que suelen emplear en los asuntos propios»—, y el campo penal, que implica la obligación de evitar los actos delictivos del hijo; según el párrafo 832, «quien en virtud de la ley está obligado a la vigilancia de una persona que

necesita de dirección a causa de su menor edad o de su estado mental o corporal, está también obligado a la indemnización del daño que esta persona cause antijurídicamente a un tercero. La obligación de indemnización no tiene lugar si ha cumplido su deber de vigilancia o si, caso de no haberlo cumplido, el daño se hubiese producido incluso con la vigilancia adecuada».

4. A tenor del inciso final del apartado 1.º del parágrafo 1.631, el cuidado personal comprende especialmente el derecho y el deber de determinar la residencia del hijo. En su virtud, pueden los padres confiar al hijo a un tercero —internado, sanatorio infantil—; si tal medida implica privación de libertad, debe tenerse en cuenta el parágrafo 1.631 b antes examinado. Un caso especial es la entrega del hijo en «Familienpflege» o «acogimiento familiar», regulado en los párrafos 27 y siguientes de la Ley de Beneficencia Juvenil («Gesetz für Jugendwohlfahrt») de 25 de abril de 1977, y respecto de la cual establece el parágrafo 1.630 del BGB que «si los padres entregan al hijo para largo tiempo en acogimiento familiar, el Tribunal de Tutelas podrá, a su instancia, trasladar el cuidado paterno al afiliante. En tanto el Tribunal de Tutelas efectúa el traslado, tiene el afiliante los derechos y deberes de un curador».

En virtud de la misma facultad de determinar la residencia del hijo, pueden los padres reclamar la restitución de éste al hogar familiar, de cualquier tercero que lo custodie. Cada uno de los padres puede, por sí mismo, dirigirse al Tribunal de Tutelas para obtener la entrega del hijo, según el parágrafo 1.632. Según el último párrafo de este precepto, si el hijo ha vivido durante largo tiempo en acogimiento familiar, y los padres quieren separar al hijo del afiliante, podrá disponer el Tribunal de Tutelas, de oficio o a instancia del afiliante, que el hijo permanezca en poder de éste, siempre que se den los supuestos del parágrafo 1.666 —es decir, exista peligro en la convivencia— o lo aconsejen así los motivos o la duración del acogimiento familiar.

Un supuesto especial es el de reclamación de restitución dirigido por uno de los cónyuges contra el otro. Tal supuesto puede tener por base el divorcio de los padres con la consiguiente atribución de la patria potestad a uno de ellos (parágrafo 1.671), o la separación temporal con igual consecuencia (parágrafo 1.672), o la privación de la patria potestad (parágrafo 1.666 a), o la suspensión de la misma (parágrafo 1.675). Contemplando sin duda todos estos supuestos, declara el parágrafo 1.632 que la reclamación habrá de resolverse, no por el Tribunal de Tutelas, sino por el Tribunal Familiar.

5. Cabe distinguir, en materia de relaciones personales del hijo, dos cuestiones distintas: las relaciones del hijo con terceros y las relaciones del padre privado de patria potestad con el hijo.

En cuanto a las primeras, dispone el apartado 2.º del parágrafo 1.632 que «el cuidado personal comprende igualmente el dere-

cho de determinar las relaciones personales del hijo, también con efecto a favor y en contra de tercero»; la doctrina alemana mantiene en este punto un criterio riguroso, atribuyendo a los padres la facultad absoluta de excluir a determinadas personas del «trato, relaciones e intercambio epistolar con el hijo» (Beitzke). Se destaca, sin embargo, la obligación de respetar la intimidad del hijo, y se considera inadmisibles toda actividad paterna que exceda de esa facultad de exclusión personal que le atribuye la ley (como podría ser la lectura de un diario íntimo o la apertura de correspondencia).

En cuanto a las segundas, determina el párrafo 1.634 que «el padre al que no corresponda el cuidado personal conserva la facultad de tratar personalmente al hijo». La doctrina ha discutido la naturaleza de este residuo inviolable de la patria potestad, que subsiste a pesar de la privación de ésta. La Jurisprudencia alemana lo ha considerado en alguna ocasión como una derivación o emanación del parentesco de sangre («Ausfluss der Blutverwandtschaft»), tesis rechazada unánimemente por la doctrina, que se ha preocupado en demostrar que el derecho de trato personal no corresponde a los abuelos (entre otros muchos trabajos publicados durante la polémica, véanse: Darkow, «Haben Grosseltern ein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkelkindern?», en «Juristische Rundschau», año 1963, pág. 333; Merkert, «Extensive interpretation des paragrafs 1.634 BGB?», en «Neue Juristische Wochenschrift», año 1964, pág. 1059; y Birk, «Das Verkehrsrecht der Grosseltern», en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», año 1967, pág. 306). Otros autores, como Staudinger-Göppinger, Giesen y Strätz han hablado de un resto de la patria potestad («Rest des Personensorgerechts»), otros, como Beitzke (de un elemento del derecho natural de los padres sobre los hijos («Bestandteil des natürlichen Elternrechts»), y un último sector, finalmente, lo considera como una consecuencia de la relación social de paternidad («Folge der sozialen Elternschaft»); esta es la tesis de Simon.

La forma concreta de ejercitar este derecho de trato personal se deja al acuerdo de los padres; en defecto de éste, decidirá el Tribunal Familiar —según el párrafo 1.634, apartado 2.º—, previa audiencia de la Oficina de Protección de la Juventud (según el párrafo 48 de la Ley de Beneficencia Juvenil). Entiende la doctrina que, en tanto ejercite el padre privado de la patria potestad el derecho de trato personal, podrá también determinar las relaciones del hijo con los terceros. Complementario de este derecho «residual» que la legislación reserva al padre privado de la patria potestad es el derecho de información («Recht auf Auskunft») sobre las relaciones personales del hijo; este derecho reviste especial importancia en los casos en que el derecho de trato personal ha sido limitado o interrumpido por el Tribunal Familiar. La artificial distribución de materias entre este Tribunal y el de Tutelas se pone especialmente de manifiesto aquí:

mientras las diferencias en materia de «persönlicher Umgang» se solventan por el Tribunal Familiar, las cuestiones relativas al «Auskunftrecht» se dirimen por el Tribunal de Tutelas.

6. La educación religiosa del hijo se regula, imponiendo importantes limitaciones a los padres, en la ley especial de 1921:

a) Ninguno de los padres puede determinar, de forma unilateral, la religión del hijo. Es necesario el acuerdo de ambos; para el caso en que éste no pueda tener lugar, no hay solución concreta en la citada ley, pero de su parágrafo 2.º se desprende que no puede determinarse tal religión por el Tribunal de Tutelas, que sí podrá, sin embargo, atribuir la facultad decisoria a uno de los progenitores.

b) En el caso de que el menor esté bajo tutela, el tutor no podrá determinar la religión del hijo sin el consentimiento del Tribunal de Tutelas. Si los padres habían determinado con anterioridad la religión del hijo, el tutor no podrá, en ningún caso, alterar tal determinación.

c) Desde los trece años no puede modificarse la religión del hijo sin su consentimiento; desde los quince años puede determinar el hijo su propia religión.

d) Para todas las cuestiones relativas a la religión del hijo es competente el Tribunal de Tutelas, que sólo actuará a instancia de los interesados, y que habrá de oír en todo caso, a los padres, parientes, profesores y al propio menor si ha cumplido los diez años.

El cuidado patrimonial («Vermögenssorge») supone la obligación paterna de administrar el patrimonio del hijo. De tal administración están sustraídos, por una parte, los bienes transmitidos al hijo por causa de muerte, o inter vivos a título gratuito, con expresa exclusión de tal facultad paterna, y por otra parte, las ganancias laborales del hijo que éste, en la medida de su capacidad, pueda administrar.

Los padres tienen, en virtud del cuidado patrimonial, la posesión de los bienes pertenecientes al hijo. Algunos autores matizan, y consideran a los padres poseedores inmediatos («unmittelbare Besitzer») y al hijo poseedor mediato («mittelbarer Besitzer»); en el caso de que determinados bienes se transmitan al hijo para su uso, los autores consideran a éste como servidor de la posesión de sus propios bienes, respecto de los padres («Besitzdiener der Eltern an den eigenen Sachen»).

El Código civil no impone normas concretas de administración, sino más bien limitaciones a esta facultad. No obstante, cabe incluir dentro de las primeras la obligación de respetar las instrucciones del donante (parágrafo 1.639) y la obligación de cumplir las bases de una administración patrimonial económica (parágrafo 1.642). Las limitaciones que el BGB impone a la administración paterna son las siguientes:

a) Si los padres explotan el patrimonio del hijo en su propio interés, están obligados a indemnizarle de los perjuicios que le causen (parágrafo 1.664).

b) Los padres sólo pueden realizar donaciones de ese patrimonio, si responden a un deber moral o una atención exigida por el decoro (parágrafo 1.641).

c) El padre o la madre no pueden representar al hijo cuando, según el parágrafo 1.795, esté excluido el tutor de la representación del pupilo. Y dispone el citado precepto que el tutor no puede representar al pupilo: 1.º, en un negocio jurídico entre su cónyuge o uno de sus parientes en línea recta por una parte y el pupilo de otra, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación; 2.º, en un negocio jurídico que tenga por objeto la transmisión o gravamen de un crédito del pupilo contra el tutor asegurado con derecho de prenda, hipoteca o fianza, o la supresión o aminoración de esta seguridad, o que origine la obligación del pupilo a tal transmisión, gravamen, supresión o aminoración; y 3.º, en un litigio entre las personas designadas en el número primero, así como en un litigio sobre un asunto de la clase señalada en el número segundo.

d) Los padres ven también limitada su facultad representativa en los casos de negocios que tengan por objeto bienes del hijo y se celebren exclusivamente entre uno de ellos o ambos y el hijo representado, o entre dos hijos igualmente representados. El parágrafo 181 BGB, que prohíbe la autocontratación («Insichgeschäft»), dispone concretamente que «un representante no puede, en tanto que otra cosa no le sea permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación».

e) Finalmente, se requiere la autorización del Tribunal de Tutelas en los casos de los parágrafos 1.643, 1.821 y 1.822: para negocios sobre inmuebles y buques, y derechos que recaigan sobre los mismos; para contratos de sociedad, y contratos que impongan prestaciones al hijo después de cumplidos los diecinueve años; para tomar dinero a préstamo, emitir obligaciones, asumir deudas ajenas, y para afianzar. Tampoco pueden los padres iniciar una nueva actividad comercial en nombre del hijo sin autorización del Tribunal de Tutelas, según el parágrafo 1.645.

Los bienes muebles adquiridos por los padres con dinero del hijo pasan a ser propiedad de éste. El principio de subrogación del parágrafo 1.646 no se extiende a los bienes inmuebles, porque, como observa Beitzke, los libros registrales determinarán en cada caso para quien se efectuó la adquisición.

El BGB, en su redacción originaria, atribuía al padre —en los parágrafos 1.649 a 1.663— un derecho de usufructo sobre el patrimonio del hijo; la reforma de 1 de abril de 1953 extendió su titularidad a la madre. Este usufructo paterno no era un usufruc-

to ordinario o convencional —«Niessbrauch»—, sino un usufructo especial o legal —«Nutzniessungsrecht—, o un derecho de disfrute de naturaleza análoga al usufructo —«niessbrauchsähnliches Nutzungsrecht»—. Por entender el legislador que este derecho paterno podía perjudicar en algunos casos al menor, lo suprimió en 1958. Hoy, el párrafo 1.649 se limita a indicar el destino de los frutos o rentas del patrimonio del hijo: en primer lugar, han de aplicarse a satisfacer los gastos de administración de ese patrimonio y las cargas que pesen sobre el mismo; en segundo lugar, a la alimentación del hijo. Lo que exceda podrá destinarse a la propia alimentación de los padres o de los hermanos menores y solteros. La justificación de este último empleo de las rentas se desprende del propio precepto: facilitar un cierto equilibrio patrimonial en la familia, evitando que la opulencia de unos coexista con la pobreza de otros.

Las rentas obtenidas por el trabajo del hijo tienen un destino distinto, como se desprende del inciso final del apartado 1.º del párrafo 1.649. A pesar del laconismo legal, cabe entender que tales ingresos se destinarán a la alimentación del hijo en cuanto no sean suficientes las rentas del patrimonio, pero nunca a satisfacer las necesidades paternas o fraternas.

Los padres sólo están obligados a rendir cuentas de la aplicación de las rentas o beneficios del patrimonio del hijo —según el párrafo 1.698— cuando exista la sospecha de que tales rentas o beneficios se han aplicado de forma distinta a como determina el párrafo 1.649.

La «Vermögenssorge», o cuidado patrimonial, termina al extinguirse la patria potestad, y en el caso especial de concurso del padre o de la madre. Además, éstos pueden ser privados del cuidado patrimonial en los supuestos contemplados en los párrafos 1.666 y 1.667: cuando «uno de los padres haya lesionado el derecho del hijo a la prestación de alimentos, y haya de procurarse para el futuro tal prestación de alimentos», y «si se pone en peligro el patrimonio del hijo por el hecho de que el padre o la madre incumplan las obligaciones unidas a la administración patrimonial o amenacen con incumplirlas o caigan en la ruina patrimonial». Si ambos padres están privados del cuidado patrimonial, se nombrará un tutor. En el caso de que sólo uno de ellos lo pierda, determinará el Tribunal de Tutelas si la «Vermögenssorge» se ejercerá por el otro exclusivamente, o juntamente con un tutor.

Las consecuencias de la terminación del cuidado patrimonial son análogas a las de la extinción del mandato: la restitución del patrimonio y la rendición de cuentas (compárese el párrafo 1.698 con los párrafos 666 y 667); la obligación de continuar los negocios hasta que puedan asumirse por el hijo (compárese el párrafo 1.698 con los 674 y 169).

El cuidado paterno respecto de los hijos extramatrimoniales corresponde exclusivamente a la madre, según el nuevo párrafo

fo 1.705. Aun en el caso de que la paternidad sea reconocida o declarada judicialmente, el padre sólo adquirirá la patria potestad si contrae matrimonio con la madre y el hijo queda consiguientemente legitimado. El BGB, en su primitiva versión, no atribuía a la madre la patria potestad del hijo extramatrimonial, a pesar de los términos en que se expresaba el parágrafo 1.705 («el hijo ilegítimo tiene, en relación con la madre y los parientes de la madre, la posición jurídica del hijo legítimo»); sólo correspondía a la madre lo que la doctrina llamaba «*tatsächliche Personensorge*», que según el parágrafo 1.707 consistía en «el derecho y la obligación de cuidar de la persona del hijo». Todas las restantes funciones de guarda se encomendaban a un tutor, nombramiento que frecuentemente recaía en la madre.

Frente a la amplia atribución del derecho al trato personal que hace el parágrafo 1.634, concediéndolo incluso al progenitor que carece de la patria potestad, el parágrafo 1.711 establece una importante restricción: el padre sólo tiene esa facultad respecto del hijo extramatrimonial si así lo determina la madre o el tutor. El apartado 3.º le atribuye únicamente la facultad de pedir información sobre la situación del hijo, y ello con el doble condicionamiento del parágrafo 1.634, pues el 1.711 remite a él: que el padre tenga interés legítimo y el hijo no resulte perjudicado en su bienestar. El parágrafo 50 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria impone además a los Tribunales la obligación de oír al padre antes de decidir sobre cuestiones que afecten al hijo extramatrimonial.

Tras la reforma de 1980, la figura del «*Beistand*», consejero o auxiliar de la madre —que se ha extraído de su contexto anterior, el capítulo dedicado a los hijos extramatrimoniales— ha quedado enormemente limitada, y caerá probablemente en desuso. Frente a su detallada regulación en la redacción originaria del Código —parágrafos 1.687 a 1.695—, el parágrafo 1.685 se limita a señalar que el Tribunal de Tutelas podrá nombrar al progenitor al que corresponda al cuidado paterno, el cuidado personal o el cuidado patrimonial, y a su instancia, un auxiliar; el parágrafo siguiente indica escuetamente como función de éste la de ayudar al padre o a la madre en el ejercicio del cuidado paterno.

La patria potestad se ejerce sobre los hijos mientras éstos son menores de edad (parágrafo 1.626). Si el hijo menor contrae matrimonio, la patria potestad se reduce, según el parágrafo 1.633, a la representación en los asuntos personales. En general, la patria potestad está sujeta a las siguientes limitaciones:

a) Determinados bienes pueden sustraerse a la administración paterna (1.638, 1.639); determinados contratos les están prohibidos a los padres (1.641); determinados actos están condicionados por el interés del hijo (1.629). En los supuestos de los parágrafos 1.666, 1.670, 1.680 y 1.690, la patria potestad o una de sus dos grandes parcelas: el cuidado personal y el cuidado patrimonial, pueden ser sustraídas a los padres.

b) Los contratos de naturaleza estrictamente personal han de ser concluidos por el hijo, y otros —como las capitulaciones matrimoniales o «Eheverträge»— sólo requieren la autorización de los padres.

c) Finalmente, determinados actos y negocios jurídicos a los que hemos hecho referencia a lo largo de este estudio (y algunos más, regulados en sede de otras instituciones, en los párrafos 1.821, 1.822, 1.484, 1.491...) requieren la aprobación del Tribunal de Tutelas.

Belchous distingue dos grupos de causas que determinan la extinción de la patria potestad: las que tienen su origen en la persona del hijo, y las que se centran en la persona de los padres. Entre las primeras incluye la mayoría de edad del hijo —que la Ley de 31 de julio de 1974 fijó en los dieciocho años—, la muerte del mismo y su adopción por un tercero —según el párrafo 1.755, reformado por la última ley de adopción de 1976—. Dentro de los segundos cabe englobar la muerte de los padres y su declaración de fallecimiento, así como, según el autor citado, los casos de separación y divorcio, que para Palandt-Diederichsen sólo producen a extinción parcial, y para Soergel-Lange únicamente la suspensión parcial: el progenitor al que el Tribunal Familiar no encomienda la patria potestad no pierde el derecho, sino únicamente su ejercicio.

Por último, la suspensión de la patria potestad se produce por las causas contempladas en los párrafos 1.673 y 1.674: incapacidad y limitación de la capacidad de uno de los padres, así como su imposibilidad de hecho para ejercerla, circunstancia que debe apreciar el Tribunal de Tutelas. Esta imposibilidad de hecho («tatsächliches Hindernis»), que provoca la suspensión de la patria potestad, no debe confundirse con el impedimento fáctico («tatsächliche Verhinderung») —contemplado en el párrafo 1.678—, que da lugar a una atribución legal, automática, íntegra y transitoria de la patria potestad al otro cónyuge, no exige una duración presumiblemente larga del obstáculo y no requiere apreciación alguna por parte del citado Tribunal.

TITULO V. CUIDADO PATERNO RESPECTO DE LOS HIJOS MATRIMONIALES

1.626. Cuidado paterno; atención a la creciente independencia del hijo.

1. El padre y la madre tienen el derecho y el deber de cuidar del hijo menor de edad («cuidado paterno»). El cuidado paterno comprende el cuidado de la persona del hijo («cuidado personal») y del patrimonio del hijo («cuidado patrimonial»).

2. En el cuidado y la educación atenderán los padres a la creciente capacidad y a la creciente necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones del cuidado paterno e intentarán ponerse de acuerdo.

1.627. Ejercicio del cuidado paterno.

Los padres ejercerán el cuidado paterno bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo, en provecho del hijo. En casos de divergencias de opinión deben intentar ponerse de acuerdo.

1.628. Traslado del derecho de decisión a uno de los padres.

1. Si los padres no pueden ponerse de acuerdo en un asunto concreto o en un determinado tipo de asuntos relativos al cuidado paterno, cuya regulación sea de considerable importancia para el hijo, podrá el Tribunal de Tutelas, a instancia de uno de los padres, trasladar la decisión a uno de ellos, siempre que esto convenga al bienestar del hijo. El traslado podrá ir unido a limitaciones o condiciones.

2. Antes de la decisión, deberá procurar el Tribunal de Tutelas que los padres se pongan de acuerdo en una adecuada regulación en provecho del hijo.

1.629. Representación del hijo.

1. El cuidado paterno del hijo comprende la representación del hijo. Los padres representan al hijo conjuntamente; si debe emitirse una declaración de voluntad respecto del hijo, es suficiente la realizada por uno de los padres. Uno de los padres representa sólo al hijo, en tanto ejerza sólo el cuidado paterno o se le haya trasladado —la facultad de— decisión según el párrafo 1.628, apartado 1.º.

2. Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo, cuando según el párrafo 1.795, está excluido un tutor de la representación del mismo. Si los padres viven separados o se ha solicitado el divorcio, puede el padre, bajo cuya custodia se encuentre el hijo, si no se ha establecido una regulación del cuidado de la persona de éste, hacer valer las reclamaciones de alimentos del hijo contra el otro progenitor. El Tribunal de Tutelas puede privar al padre y a la madre de la representación según el párrafo 1.796.

3. Si se ha solicitado el divorcio, puede uno de los padres, en tanto esté pendiente el juicio, hacer valer la reclamación de alimentos del hijo.

contra el otro cónyuge sólo en nombre propio. La sentencia obtenida por uno de los padres o la conciliación judicial por acuerdo entre los dos surten también efecto a favor y en contra del hijo.

1.630. Limitación del cuidado paterno en caso de constitución de la curatela; acogimiento familiar.

1. El cuidado paterno no se extiende a aquellos asuntos del hijo, para los cuales se haya designado un curador.

2. Si incumbe el cuidado personal o el cuidado patrimonial a un curador, decidirá el Tribunal de Tutelas en el caso de que los padres y el curador no se pongan de acuerdo en un asunto que afecte tanto a la persona como al patrimonio del hijo.

3. Si los padres entregan al hijo para largo tiempo en acogimiento familiar, el Tribunal de Tutelas podrá, a su instancia, trasladar el cuidado paterno al afiliante. En tanto el Tribunal de Tutelas efectúa el traslado, tiene el afiliante los derechos y deberes de un curador.

1.631. Contenido del derecho de cuidado personal; limitación de las medidas educativas.

1. El cuidado personal comprende especialmente el derecho y el deber de cuidar, educar, vigilar y determinar la residencia del hijo.

2. Las medidas educativas humillantes son inadmisibles.

3. El Tribunal de Tutelas auxiliará a los padres a instancia de los mismos en el ejercicio del cuidado paterno en los casos oportunos.

1.631 a. Instrucción y profesión.

1. En los asuntos relativos a la instrucción y la profesión del hijo tendrán especialmente en cuenta los padres la aptitud e inclinación del hijo. Si existen dudas, se pedirá el consejo de un profesor o de otra persona adecuada.

2. Si los padres no tienen en cuenta, manifiestamente, la aptitud e inclinación del hijo, y puede fundarse en ello la sospecha de que el desarrollo del hijo resultará perjudicial y gravemente afectado, decidirá el Tribunal de Tutelas. El Tribunal puede sustituir las necesarias declaraciones de los padres o de uno de ellos.

1.631 b. Internamiento del hijo.

Un internamiento del hijo que lleve consigo privación de libertad sólo es admisible con autorización del Tribunal de Tutelas. Sin la autorización sólo es admisible el internamiento cuando la demora lleve consigo peligro; la autorización debe obtenerse inmediatamente. El Tribunal revocará la autorización cuando el bienestar del hijo no exija ya el internamiento.

1.632. Reclamación de la restitución del hijo; determinación de las relaciones personales.

1. El cuidado personal comprende el derecho de reclamar la restitución del hijo, de cualquiera que lo retenga ilegítimamente contra los padres o uno de ellos.

2. El cuidado personal comprende igualmente el derecho de determinar las relaciones personales del hijo, también con efecto a favor y en contra de tercero.

3. En litigios que versen sobre asuntos de los contemplados en los apartados 1.º y 2.º, decide el Tribunal de Tutelas a instancia de uno de los padres; si reclama uno de los padres que el hijo le sea restituido por el otro, decidirá sobre ello el Tribunal Familiar.

4. Si el hijo ha vivido durante largo tiempo en acogimiento familiar, y los padres quieren separar al hijo del afiliante, podrá disponer el Tribunal de Tutelas, de oficio o a instancia de éste, que el hijo permanezca con él, cuando para tal disposición se den los supuestos del parágrafo 1.666, apartado 1.º, inciso 1.º, y, en especial, teniendo en cuenta el motivo o la duración del acogimiento familiar.

1.633. Limitación del cuidado personal por matrimonio.

El cuidado personal respecto de un menor que esté casado, o lo haya estado con anterioridad, se limita a la representación en los asuntos personales.

1.634. Derecho a la relación personal con el hijo; información.

1. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal, conserva la facultad de relación personal con el hijo. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal, y el facultado para ejercerlo, habrán de evitar el hacer todo aquello que perjudique las relaciones entre el hijo y el otro progenitor, o dificulte la educación.

2. El Tribunal Familiar podrá regular con más detalle el ámbito de la facultad y su ejercicio, incluso respecto de terceros; en tanto no adopte ninguna disposición, ejercerá el derecho, mientras dure la relación, el progenitor no facultado para el cuidado personal, según el parágrafo 1.632, apartado 2.º. El Tribunal Familiar podrá limitar la facultad o excluirla cuando así lo exija el bienestar del hijo.

3. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal puede, si existe interés legítimo, solicitar informes al facultado para ejercerla sobre las relaciones personales del hijo, siempre que la emisión de aquéllos sea compatible con el bienestar del hijo. En los conflictos que afecten al derecho de información decidirá el Tribunal de Tutelas.

4. Si corresponde a ambos padres el cuidado personal, y éstos viven no sólo temporalmente separados, rigen analógicamente las anteriores disposiciones.

1.635 a 1.637 (derogados).

1.638. Limitación del cuidado patrimonial.

1. El cuidado patrimonial no se extiende al patrimonio que el hijo adquiriera por causa de muerte, o que se le transmita entre vivos a título gra-

tuito, cuando el testador en su disposición de última voluntad o el transmitente en su atribución determinen que los padres no deben administrar el patrimonio.

2. Lo que el hijo adquiera en virtud de algún derecho perteneciente a tal patrimonio, o como indemnización por la destrucción, deterioro o sustracción de un objeto perteneciente a aquél, o por medio de un negocio jurídico que se refiera a ese patrimonio, no puede tampoco ser administrado por los padres.

3. Si a través de la disposición de última voluntad o de la atribución se determina que el patrimonio no debe ser administrado por uno de los padres, lo administrará el otro. Para ello representará éste al hijo.

1.639. Limitación del cuidado patrimonial por determinación de tercero.

1. Lo que el hijo adquiera por causa de muerte o se le transmita entre vivos a título gratuito deben administrarlo los padres según las instrucciones establecidas en la disposición de última voluntad o en la atribución. Si los padres no cumplen las instrucciones, el Tribunal de Tutelas ha de adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.

2. Los padres pueden separarse de las instrucciones en tanto ello le esté permitido a un tutor según el parágrafo 1.803, apartados 2.º y 3.º.

1.640. Deber de formar un inventario patrimonial.

1. Los padres han de inventariar el patrimonio que está bajo su administración y que el hijo haya adquirido por causa de muerte, dotar al inventario con el aseguramiento de su exactitud e integridad y presentarlo al Tribunal de Tutelas. Lo mismo rige respecto del patrimonio que el hijo adquiera en otro caso con motivo de un fallecimiento, así como respecto de las compensaciones que se concedan en lugar de alimentos, y de atribuciones gratuitas.

2. El apartado 1.º no se aplica:

1. Cuando el valor de la adquisición patrimonial no sobrepase los 10.000 marcos alemanes; o

2. En la medida en que el testador en la disposición de última voluntad o el transmitente en la atribución hayan establecido una instrucción diferente.

3. Si los padres no realizan un inventario, contra lo dispuesto en los apartados 1.º y 2.º, o es insuficiente el inventario realizado, puede ordenar el Tribunal de Tutelas que el inventario sea formulado por una autoridad competente, o un funcionario o Notario competente.

4. Si la orden que contiene el apartado 3.º se prevé que no va a tener éxito, el Tribunal de Tutelas puede privar del cuidado patrimonial al progenitor que no haya cumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los apartados 1.º y 2.º.

1.641. Prohibición de donaciones.

Los padres no pueden hacer donaciones en representación del hijo. Se exceptúan las donaciones con que se responda a un deber social o en que se atienda al decoro.

1.642. Inversión de dinero.

Los padres deben invertir el dinero del hijo sujeto a su administración según las bases de una administración patrimonial económica, en cuanto no deba emplearse para el pago de gastos.

1.643. Negocios jurídicos que requieren autorización.

1. Para celebrar negocios jurídicos para el hijo requieren los padres la autorización del Tribunal de Tutelas en los casos en que, según los párrafos 1.821 y 1.822, números 1.º, 3.º, 5.º y 8.º a 11, el tutor necesita la autorización.

2. Lo mismo rige para la repudiación de una herencia o de un legado, así como para la renuncia de una legítima. Si el hijo entra en la sucesión sólo a consecuencia de la repudiación de uno de los padres, que represente al hijo por sí solo o conjuntamente con el otro, únicamente es necesaria la autorización, si éste fue llamado junto con el hijo.

3. Las disposiciones de los párrafos 1.825, 1.828 a 1.831 se aplicarán analógicamente.

1.644. Cesión de los bienes al hijo.

Los padres no pueden ceder al hijo, para el cumplimiento de un contrato concluido por él o para su libre disposición, los objetos que ellos sólo puede enajenar con la autorización del Tribunal de Tutelas, sin esta autorización.

1.645. Nueva actividad comercial.

Los padres no pueden iniciar ninguna actividad comercial en nombre del hijo sin autorización del Tribunal de Tutelas.

1.646. Adquisición con recursos de los hijos; subrogación.

1. Si los padres adquieren bienes muebles con recursos del hijo, con la adquisición pasa la propiedad al hijo, a no ser que los padres no quieran adquirir por cuenta del hijo. Esto rige especialmente también respecto de títulos al portador o a la orden, que estén provistos de endoso en blanco.

2. Las disposiciones del apartado 1.º se aplicarán analógicamente cuando los padres adquieran, con recursos del hijo, un derecho sobre cosas de la naturaleza indicada, u otros derechos para cuya transmisión sea suficiente el contrato de cesión.

1.647. (Derogado).

1.648. Reintegración por gastos.

Si los padres, en el ejercicio del cuidado personal o del cuidado patrimonial, realizan gastos que, según las circunstancias, puedan considerarse necesarios, podrán exigir del hijo la reintegración, en tanto que los gastos no pesen sobre ellos mismos.

1.649. Aplicación de las rentas del patrimonio del hijo.

1. Las rentas del patrimonio del hijo que no se necesiten para la ordenada administración de ese patrimonio, se aplicarán a la alimentación del hijo.

En cuanto no alcancen las rentas del patrimonio, pueden aplicarse las ganancias que el hijo obtenga por su trabajo o por el ejercicio independiente de una actividad comercial, que le permite el parágrafo 112.

2. Los padres pueden aplicar las rentas del patrimonio, que no se necesitan para la ordenada administración del mismo ni para la alimentación del hijo, a su propia alimentación y a la alimentación de los hermanos menores y solteros del hijo, siempre que ello resulte equitativo, teniendo en cuenta las relaciones entre los patrimonios y las ganancias de los interesados. Esta facultad se extingue con el matrimonio del hijo.

1.650 a 1.663. (Derogados).

1.664. Responsabilidad de los padres.

1. Los padres sólo han de responder frente al hijo, en el ejercicio del cuidado paterno, de aquella diligencia que suelen emplear en los asuntos propios.

2. Si ambos padres son responsables de un daño, responden como deudores solidarios.

1.665. Peligro del bienestar del hijo.

Si se pone en peligro el bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo por ejercicio abusivo del cuidado paterno, por desatención al hijo o por fallo no culpable de los padres, o por la conducta de un tercero, el Tribunal de Tutelas tomará las medidas necesarias para la prevención del peligro, cuando los padres no estén dispuestos o estén en situación de evitarlo. El Tribunal puede también tomar medidas que produzcan efecto contra un tercero.

2. El Tribunal puede sustituir las declaraciones de los padres o de uno de ellos.

3. El Tribunal puede también privar del cuidado patrimonial a uno de los padres, cuando éste haya lesionado el derecho del hijo a la prestación de alimentos, y haya de procurarse para el futuro una prestación de alimentos.

1.666 a. Separación del hijo de la familia de sus padres; privación del cuidado paterno en su totalidad.

1. Las medidas que lleven consigo la separación del hijo de la familia de sus padres sólo son procedentes cuando el peligro no pueda ser prevenido de otra forma, ni aún con auxilio público.

2. El cuidado personal sólo debe ser sustraído en su totalidad, cuando otras medidas hayan resultado ineficaces o cuando pueda suponerse que éstas no bastan para la prevención del peligro.

1.667. Peligro del patrimonio del hijo.

1. Si se pone en peligro el patrimonio del hijo por el hecho de que el padre o la madre incumplan las obligaciones ligadas a la administración patrimonial o amenacen con incumplirlas o caigan en la ruina patrimonial, el Tribunal de Tutelas adoptará las medidas necesarias para la prevención del peligro.

2. El Tribunal de Tutelas puede ordenar que los padres presenten un inventario del patrimonio del hijo y rindan cuentas de la administración. Los padres han de dotar al inventario con el aseguramiento de su exactitud e integridad. Si el inventario presentado es insuficiente, puede ordenar el Tribunal de Tutelas que el inventario sea formulado por una autoridad competente o por un funcionario o Notario competente.

3. El Tribunal de Tutelas puede ordenar que el dinero del hijo sea invertido en una forma determinada, y que para la retirada sea necesaria su autorización. Si pertenecen títulos valores, objetos preciosos o créditos en cuenta contra el Estado Federal o un Estado Federado al patrimonio del hijo, el Tribunal de Tutelas puede imponer al progenitor, que represente al hijo, las mismas obligaciones que incumben a un tutor según los párrafos 1.814 a 1.816 y 1.818; los párrafos 1.819 y 1.820 se aplican análogamente.

4. El Tribunal de Tutelas puede imponer al progenitor que ponga en peligro el patrimonio del hijo, la prestación de seguridad respecto del patrimonio del hijo sometido a su administración. El modo y el ámbito de la prestación de seguridad lo determinará a su arbitrio el Tribunal de Tutelas. En la constitución y supresión de la seguridad, la colaboración del hijo se sustituirá por la disposición del Tribunal de Tutelas. La prestación de seguridad sólo puede ser impuesta a través de las medidas del párrafo 5.

5. El Tribunal de Tutelas puede privar total o parcialmente del cuidado patrimonial al padre que ponga en peligro el patrimonio del hijo, cuando esto sea necesario para prevenir el peligro que afecte al patrimonio del hijo.

6. Los gastos de las medidas ordenadas los soportará el progenitor que los haya causado.

1.668. Notificación de concurso o de convenio con los acreedores.

De una solicitud de incoación de procedimiento concursal o de suspensión de pagos, así como de una solicitud realizada según el párrafo 807 ZPO, que afecte a los padres o a uno de ellos, debe notificar el Tribunal competente al Tribunal de Tutelas.

1.669. (Derogado).

1.670. Concurso.

1. El cuidado patrimonial del progenitor termina con la incoación de procedimiento concursal respecto de su patrimonio; si el propio progenitor solicita la incoación del procedimiento concursal sobre su patrimonio, termina su cuidado patrimonial ya desde el momento de la presentación de la solicitud de concurso.

2. Si termina el procedimiento concursal o es rechazada la solicitud de incoación —presentada— por el padre, el Tribunal de Tutelas puede transmitir de nuevo al mismo el cuidado patrimonial, siempre que ello no se oponga a los intereses del patrimonio del hijo.

1.671. El cuidado paterno tras el divorcio de los padres.

1. Si tiene lugar el divorcio de los padres, determinará el Tribunal Familiar a cuál de ellos corresponde el cuidado paterno respecto de un hijo común.

2. El Tribunal adoptará la regulación que mejor corresponda al bienestar del hijo; para ello deben tenerse en cuenta las vinculaciones del hijo, especialmente respecto de sus padres y hermanos.

3. El Tribunal sólo debe apartarse de una propuesta —hecha— de común acuerdo por los padres, cuando ésta no sea conforme con el bienestar del hijo. Si el hijo, que haya cumplido los catorce años, hace una propuesta diferente, decidirá el Tribunal según el apartado 2.º.

4. El cuidado paterno podrá transmitirse a uno solo de los padres. Si lo exigen así los intereses patrimoniales del hijo, podrá transmitirse en todo o en parte el cuidado patrimonial al otro.

5. El Tribunal puede encomendar el cuidado personal y el cuidado patrimonial a un tutor o un curador, cuando esto sea necesario para prevenir un peligro para el bienestar del hijo. Debe nombrarse un curador al hijo para la reclamación de prestaciones de alimentos, cuando esto sea necesario para su bienestar.

6. Las disposiciones anteriores rigen analógicamente cuando el matrimonio de los padres sea declarado nulo.

1.672. Cuidado paterno en caso de vida separada de los padres.

Si los padres viven no sólo temporalmente separados, rige analógicamente el parágrafo 1.671, apartados 1.º a 5.º. El Tribunal decide a instancia de uno de los padres; decide de oficio, cuando de lo contrario el bienestar del hijo corra peligro y los padres no estén dispuestos o no estén en situación de prevenir el peligro.

1.673. Suspensión del cuidado paterno por impedimento jurídico.

1. El cuidado paterno se suspende —respecto— de uno de los padres, cuando éste es incapaz de celebrar negocios jurídicos.

2. Lo mismo rige cuando el progenitor tiene limitada su capacidad negocial, o cuando, según el parágrafo 1.910, apartado 1.º, ha recibido un tutor para su persona y su patrimonio. El cuidado personal del hijo le corresponde junto con el representante legal del mismo; para la representación del hijo no está facultado. En caso de diversidad de opiniones prevalece la opinión del representante legal, a no ser que el cuidado paterno esté en suspenso por minoría de edad. Si el representante legal es un tutor o curador, prevalece la opinión del progenitor menor de edad; en caso contrario rigen los párrafos 1.627, inciso 2.º, y 1.628.

1.674. Suspensión por impedimento de hecho.

1. El cuidado paterno se suspende —respecto— de uno de los padres, cuando el Tribunal de Tutelas constata que durante largo tiempo no podrá ejercitarse de hecho.

2. El cuidado paterno se recupera cuando el Tribunal de Tutelas constata que ya no subsiste el fundamento de la suspensión.

1.675 Efecto de la suspensión.

Mientras está en suspenso el cuidado paterno, no está facultado el progenitor para ejercerlo.

1.676. (Derogado).

1.677. Declaración del fallecimiento de un progenitor.

El cuidado paterno de un progenitor termina cuando es declarado fallecido, o se ha determinado el tiempo de su fallecimiento según las disposiciones de la Ley de Ausencia, con el momento que vale como momento de la muerte.

1.678. Ejercicio exclusivo por impedimento de hecho o por suspensión.

1. Si uno de los padres está impedido de hecho para ejercer el cuidado paterno, o está en suspenso su cuidado paterno, ejercitará el otro el cuidado paterno con exclusividad; esto no rige cuando el cuidado paterno se haya transmitido a uno de los padres según los parágrafos 1.671 y 1.672.

2. Si está en suspenso el cuidado paterno de uno de los padres, al que se le hubiese transmitido según los parágrafos 1.671 y 1.672, y no hay perspectiva de que desaparezca el fundamento de la suspensión, el Tribunal de Familia transmitirá el cuidado paterno al otro progenitor, a no ser que ello se oponga al bienestar del hijo.

1.679. (Derogado).

1.680. Privación del cuidado paterno.

Si se priva a uno de los padres del cuidado paterno en su totalidad, del cuidado personal o del cuidado patrimonial, el otro progenitor lo ejercerá por sí solo. El Tribunal de Tutelas tomará una decisión distinta cuando así lo exija el bienestar del hijo. Si termina el cuidado patrimonial de uno de los padres según el parágrafo 1.670, el Tribunal de Tutelas ordenará que corresponda el cuidado patrimonial al otro progenitor exclusivamente, a no ser que ésto se oponga al interés del hijo. Antes de la decisión del Tribunal de Tutelas no puede ejercitar el otro progenitor el cuidado patrimonial.

2. Si se priva a uno de los padres del cuidado paterno en su totalidad, del cuidado personal o del cuidado patrimonial, que le fue transmitido según los parágrafos 1.671 y 1.672, o termina su cuidado patrimonial según el parágrafo 1.670, el Tribunal de Tutelas lo encomendará al otro progenitor, a no ser que ello se oponga al bienestar del hijo. De lo contrario nombrará un tutor o un curador.

1.681. Muerte de uno de los padres.

Si ha muerto uno de los padres, corresponde el cuidado paterno al otro exclusivamente. Si el progenitor fallecido estaba facultado para el cuidado según los parágrafos 1.671 y 1.672, el Tribunal de Tutelas encomendará el cuidado paterno al progenitor sobreviviente, a no ser que esto se oponga al bienestar del hijo. Una tutela o curatela —que se hubiese constituido— según el parágrafo 1.671, apartado 5.º, o según el parágrafo 1.672, inciso 1.º, en relación con el parágrafo 1.671, apartado 5.º, se mantendrá subsistente hasta que sea suprimida por el Tribunal.

1.682. (Derogado).

1.683. Inventario del patrimonio en caso de nuevas nupcias.

1. Si los padres del hijo no están casados, o no lo están ya entre sí, y quiere el progenitor al que corresponda el cuidado paterno contraer matrimonio con un tercero, lo anunciará al Tribunal de Tutelas, presentará a su costa un inventario del patrimonio del hijo, y en cuanto exista comunidad patrimonial entre él y el hijo, aportará la liquidación.

2. El Tribunal de Tutelas puede permitir que la liquidación se practique después de la celebración del matrimonio.

3. El Tribunal de Tutelas puede permitir además que la liquidación en todo o en parte no se realice, siempre que ello no se oponga a los intereses patrimoniales del hijo.

4. Si el padre no cumple las obligaciones que le incumben según las disposiciones anteriores, podrá privarle el Tribunal de Tutelas del cuidado patrimonial.

1.684. (Derogado).

1.685. Nombramiento de un auxiliar.

1. El Tribunal de Tutelas ha de nombrar al progenitor al que corresponda el cuidado paterno, el cuidado personal o el cuidado patrimonial, y a su instancia, un auxiliar.

2. El auxiliar puede ser nombrado para todos los asuntos, para determinado tipo de asuntos o para asuntos concretos.

1.686. Atribuciones del auxiliar.

El auxiliar debe ayudar, dentro de su círculo de acción, al padre o a la madre en el ejercicio del cuidado paterno.

1.687 y 1.688. (Derogado).

1.689. Recepción de un inventario patrimonial.

Si ha de presentarse un inventario patrimonial, a la recepción del mismo ha de asistir el auxiliar; el inventario ha de dotarse también por el auxiliar con el aseguramiento de su exactitud e integridad. Si el inventario es insuficiente, el Tribunal de Tutelas ordenará, si no se dan los supuestos del párrafo 1.667, que el inventario se formalice por una autoridad competente, o por un funcionario o Notario competente.

1.690. Reclamación de derechos de alimentos; cuidado patrimonial.

1. El Tribunal de Tutelas puede transmitir al auxiliar, a instancia del padre o de la madre, la —facultad de— reclamación de los derechos de alimentos y el cuidado patrimonial; el cuidado patrimonial puede también transmitirse en parte.

2. El auxiliar tiene, hasta que el Tribunal de Tutelas proceda a realizar la transmisión, los derechos y deberes de un curador. En estos asuntos ha de ponerse en contacto con el progenitor para el que ha sido nombrado.

1.691. Situación jurídica del auxiliar.

1. Para el nombramiento y vigilancia del auxiliar, para su responsabilidad y sus reclamaciones, para la remuneración que se le ha de conceder y para la terminación de su cargo, rigen las mismas disposiciones que tratándose de un protutor.

2. El cargo de auxiliar termina también cuando se suspende el cuidado paterno del progenitor para el que ha sido nombrado.

1.692. Supresión del auxilio.

El Tribunal de Tutelas sólo debe revocar el nombramiento del auxiliar y la transmisión del cuidado patrimonial al mismo, con el consentimiento del progenitor para el que ha sido nombrado.

1.693. Intervención del Tribunal de Tutelas.

Si los padres están impedidos de ejercer el cuidado paterno, el Tribunal de Tutelas habrá de adoptar las medidas necesarias en interés del hijo.

1.694 y 1.695. (Derogados).

1.696. Modificación de las disposiciones del Tribunal de Tutelas y del Tribunal Familiar.

1. El Tribunal de Tutelas y el Tribunal Familiar pueden, en todo tiempo, mientras dure el cuidado paterno, modificar sus disposiciones, cuando esto lo consideren necesario en interés del hijo.

2. Se suprimirán las medidas —tomadas— según los párrafos 1.666 y 1.677 y según el párrafo 1.671 apartado 5.º, cuando deje de existir peligro para el bienestar del hijo.

3. Las medidas de larga duración —tomadas— según los párrafos 1.666 y 1.667 y según el párrafo 1.671, apartado 5.º, han de ser revisadas por el Tribunal en períodos de tiempo convenientes.

1.697. (Derogado).

1.698. Restitución del patrimonio y rendición de cuentas.

1. Si termina o se suspende el cuidado paterno de los padres o cesa por otra causa su cuidado patrimonial, han de restituir el patrimonio al hijo, y a solicitud, rendir cuentas de la administración.

2. Respecto de los frutos del patrimonio del hijo, sólo necesitan rendir cuentas cuando el fundamento de la sospecha consista en que han empleado los frutos contra las disposiciones del párrafo 1.649.

1.698 a. Continuación de los negocios tras la terminación del cuidado paterno.

1. Los padres deben continuar los negocios ligados al cuidado personal y el cuidado patrimonial del hijo, hasta que adquieran conocimiento de la terminación del cuidado paterno, o puedan adquirirlo. Un tercero no puede alegar esta facultad si —al tiempo de— la celebración de un negocio jurídico conoce o puede conocer la terminación.

2. Estas disposiciones se aplicarán analógicamente cuando el cuidado paterno esté en su suspenso.

1.698 b. Gestión de los negocios por muerte del hijo.

Si termina el cuidado paterno por la muerte del hijo, los padres han de gestionar los negocios que no puedan aplazarse sin peligro, hasta que el heredero pueda ulteriormente adoptar cuidados.

1.699 a 1.704. (Derogados).

TITULO VI. CUIDADO PATERNO RESPECTO DE LOS HIJOS NO MATRIMONIALES

1.705. Cuidado paterno de la madre.

El hijo no matrimonial está, mientras es menor de edad, bajo el cuidado paterno de la madre. Las disposiciones sobre el cuidado paterno de los hijos matrimoniales rigen analógicamente en la relación entre el hijo no matrimonial y su madre, en cuanto no resulte otra cosa de las disposiciones de este título.

1.706. Funciones de un curador del hijo.

El hijo, en tanto no necesite un tutor, obtendrá un curador para el cuidado de los siguientes asuntos:

1. Para la determinación de la paternidad y todos los demás asuntos que se refieran a la determinación o modificación de la relación paterno-filial o del apellido del hijo.

2. Para la efectividad de los derechos de alimentos, inclusive las reclamaciones de una compensación que deba concederse en lugar de los alimentos, así como la disposición sobre las mismas; si el hijo está bajo el cuidado remunerado de un tercero, está facultado el curador para resarcir al tercero a cargo del obligado a satisfacer los alimentos.

3. La regulación de los derechos hereditarios y legitimarios que correspondan al hijo en caso de muerte del padre y sus parientes.

1.707. Derecho de solicitud de la madre.

A instancia de la madre, el Tribunal de Tutelas ha de:

1. Ordenar que no se constituya la curatela.
2. Ordenar que se extinga la curatela.
3. Limitar la esfera de actuación del curador.

Se accederá a la solicitud cuando la orden solicitada no sea contraria al bienestar del hijo. El Tribunal de Tutelas puede modificar su decisión cuando esto sea requerido por el bienestar del hijo.

1.708. Nombramiento de curador antes del nacimiento.

Ya antes del nacimiento del hijo puede el Tribunal de Tutelas nombrar un

curador para el cuidado de los asuntos mencionados en el párrafo 1.706. El nombramiento surtirá efecto con el nacimiento del hijo.

1.709. La Oficina de Protección de la Juventud como curador.

Con el nacimiento del hijo será curador la Oficina de Protección de la Juventud. Esto no rige cuando ya antes del nacimiento del hijo se haya nombrado un curador, u ordenado que no se constituya la curatela, o cuando el hijo necesite un tutor. El párrafo 1.791 c, apartado 1.º, inciso 2.º, y el apartado 3.º, rigen analógicamente.

1.710. Terminación de la tutela.

Si un hijo no matrimonial está bajo tutela y ésta termina por ministerio de la ley, el hasta ahora tutor devendrá curador —a los efectos— del párrafo 1.706, en tanto existan los presupuestos para la curatela.

1.711. Relación personal del padre con el hijo; información.

1. Aquel al que corresponda el cuidado personal del hijo determina la relación del hijo con el padre. El párrafo 1.634, apartado 1.º, inciso 1.º, rige analógicamente.

2. Cuando la relación personal con el padre favorezca al bienestar del hijo, puede el Tribunal de Tutelas decidir, que corresponda al padre la facultad de relación personal. El párrafo 1.634, apartado 2.º, rige analógicamente. El Tribunal de Tutelas puede modificar su decisión en cualquier tiempo.

3. La facultad de exigir información sobre las relaciones personales del hijo se determina por el párrafo 1.634, apartado 3.º.

4. En los casos oportunos debe mediar la Oficina de Protección de la Juventud entre el padre y el facultado para la guarda.

BIBLIOGRAFIA BASICA POSTERIOR A LA REFORMA

ARNTZEN: «Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht», 1979.

BEITZKE: «Familienrecht», 1981.

BELCHAUS: «Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», en ZBIJR, 1979.
«Elterliches Sorgerechts», 1980.

DIEDERICHSEN: «Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», en NJW, 1980.

GERNHUBER: «Lehrbuch des Familienrechts», 1980.

GROSS: «Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», 1979.

HOLTGRAVE: «Das neue Recht der elterlichen Sorge», en JZ 1979.

SCHWAB: «Familienrecht», 1980.

PALANDT-DIEDERICHSEN: «Kommentar», 1980.

SIMON: «Das neue elterliche Sorgerecht», en JuS, 1979.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. FUNDACIONES. Regulación de las privadas en Cataluña.

Ley de la Generalidad 1/1982, de 3 de marzo («B. O. E.» del 31).

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación:

a) Objetivo: Se rigen por esta ley las Fundaciones privadas constituidas por las personas naturales o jurídicas privadas que afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de finalidades de interés general y que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña (art. 1).

b) Temporal: Las Fundaciones privadas existentes sujetas a esta ley deberán adaptar a ella sus Estatutos en el plazo de doce meses posteriores a su entrada en vigor. Una vez transcurrido dicho plazo sin realizarse la adaptación, quedarán en suspenso las actividades de las Fundaciones. No obstante, el régimen legal sobre destino de los bienes en caso de extinción de la Fundación entrará en vigor inmediatamente.

c) Controversias sobre la sujeción a esta ley: La falta de acuerdo entre el Protectorado y una Fundación sobre este tema será resuelto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad (Disp. Trans. 1.ª y 2.ª).

2. Personalidad jurídica de las Fundaciones:

a) Generalidades: Las Fundaciones privadas constituidas de acuerdo con esta ley son personas jurídicas con plena capacidad jurídica y de obrar para cumplir sus finalidades, con las limitaciones impuestas por la ley o los Estatutos.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «B. O. E.» durante el período comprendido entre el 31 de marzo y el 30 de junio de 1982.

b) Adquisición: La personalidad jurídica de estas Fundaciones empieza en el instante en que, conforme a la ley, hayan quedado válidamente constituidas.

c) Privilegios: Podrán disfrutar de los privilegios procesales y beneficios fiscales concedidos por el Estado cuando proceda según las disposiciones de éste (art. 2).

3. Sustrato objetivo de las Fundaciones:

a) Patrimonio fundacional: Su aportación se hará por cesión gratuita «inter vivos» o por sucesión «mortis causa», pudiendo consistir en bienes y derechos de cualquier tipo. Salvo excepción no son suficientes las dotaciones de futuros donativos, aunque se admiten las aportaciones sucesivas.

b) Herencias a favor de Fundaciones: Se entenderán siempre aceptadas a beneficio de inventario y no podrán repudiarse sin autorización del Protectorado (art. 6, pp. 3 y 4).

c) Destino de los bienes constitutivos de la dotación: La dotación podrá materializarse en inmuebles, instalaciones o bienes muebles afectos a los fines fundacionales o ser invertida en bienes fructíferos. La realización de actos dispositivos sobre los bienes mencionados queda sujeta a especiales limitaciones; en ocasiones a la autorización del Protectorado (art. 4)

d) Finalidad fundacional: Debe ser lícita, servir al interés general y beneficiar a personas no individualmente determinadas. A esta finalidad debe destinarse el 80 por 100 de los ingresos de la Fundación (art. 5).

4. Constitución de las Fundaciones:

a) Requisitos: Deberán otorgarse carta fundacional en escritura pública e inscribirse en el Registro de Fundaciones. Cuando la voluntad fundacional se manifieste en testamento, la formalización de las actuaciones precisas se hará por la persona designada por el testador o, subsidiariamente, por el Protectorado.

b) Contenido de la carta fundacional: Determinará los fundadores, los Estatutos, la dotación inicial, el Patronato inicial y expresará la voluntad fundacional (art. 8).

c) Contenido de los Estatutos: En ellos constará la denominación, que deberá contener las palabras «Fundación privada» y («sujeta a la legislación de la Generalidad de Cataluña»), las finalidades fundacionales limitadas de manera total o principal en Cataluña, el domicilio, las reglas de funcionamiento y cualesquiera otras estipulaciones. La previsión del destino de los bienes en caso de extinción de la Fundación sólo podrá hacerse en favor de Fundaciones o Entidades no lucrativas que persigan fines análogos (art. 9).

d) Registro de Fundaciones de la Generalidad: La carta fundacional, las modificaciones estatutarias, las fusiones, agregaciones y extinciones de Fundaciones y las renovaciones del Patronato deben inscribirse en él obligatoriamente. El Registro es público y goza de poder certificante (art. 10).

5. Régimen orgánico de las Fundaciones:

a) El Patronato: Es el órgano colegiado, de gobierno y representación necesario en toda Fundación. Se regulará en los Estatutos y estará integrado, como mínimo, por tres patronos que ejercerán su cargo gratuitamente. El Patronato podrá nombrar apoderados generales.

Los patronos deben velar por el cumplimiento de los fines fundacionales y conservar el patrimonio fundacional. Anualmente el Patronato formulará inventario-balance, memoria y presupuesto, que depositará en el Registro de Fundaciones (arts. 11 a 13).

b) El Protectorado: Es la función de la Generalidad tendente a garantizar el logro de la voluntad de los fundadores en los términos marcados por la ley. El Protectorado se ejerce mediante el control y la inspección de la actuación del Patronato y el otorgamiento de las autorizaciones previstas por la ley.

Los acuerdos del Protectorado serán recurribles ante el Consejo competente y, ulteriormente, en vía contencioso-administrativa (arts. 15 y 16).

c) Actuaciones extraordinarias: La modificación de los Estatutos, fusión o agregación de Fundaciones y su extensión serán acordadas por el Patronato, teniendo en cuenta la voluntad fundacional, expresa o presumible, y requerirán la aprobación del Protectorado (art. 14).

B) Observaciones:

1. La presente ley de la Generalidad de Cataluña se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva que le atribuye su Estatuto de Autonomía en relación con: «Fundaciones asociadas de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña». Por consiguiente, su aplicación dependerá de que las Fundaciones en cuestión reúnan los dos requisitos: Primero, su finalidad cultural o benéfica, entendiéndose estos términos en sentido amplio, dada la referencia estatutaria a los fines similares; y segundo, el desarrollo primordial de sus funciones en Cataluña. Ambos requisitos, que delimitan el ámbito de aplicación de los preceptos de la ley no se encuentran precisados debidamente en ésta, pues ni siquiera a título ejemplificativo se alude a los fines similares a los benéficos, ni tampoco se establecen criterios para dilucidar si una entidad actúa principalmente en Cataluña, lo cual puede originar dificultades. Téngase en cuenta que el fin principal de esta ley es sujetar a las Fundaciones que regule al Protectorado de la Generalidad. Sólo de forma indirecta, al regular los Estatutos de las Fundaciones parece la ley limitar su alcance a las entidades con domicilio en Cataluña (art. 9, p. 1, c), criterio sencillo y práctico, más adecuado que el previsto por el Estatuto de Autonomía.

2. La regulación de las Fundaciones privadas no supone la admisión de que persigan intereses meramente particulares; la nueva ley se encuadra en la tradicional ligazón, en España, de las fundaciones y el interés público (art. 35 Código civil). El calificativo «privadas» se refiere sólo a la condición de sus fundadores para diferenciarse de los Entes públicos institucionales, pero los fines de las fundaciones han de ser de interés general.

3. Finalmente, la remisión al Consejo ejecutivo de la Generalidad de las cuestiones que surjan entre el Protectorado y las Fundaciones sobre la aplicación de la ley, hecha por la disposición transitoria 1.ª, p. 2, debe entenderse limitada a las entidades ya existentes. En cualquier caso, es evidente que tales cuestiones exceden del ámbito administrativo y su resolución debería corresponder siempre a los Tribunales. Este supuesto constituye, así, una manifestación de la llamada «función arbitral de la Administración» que, según parece, va a desarrollar también la Generalidad de Cataluña.

Debemos indicar, para concluir, que esta ley ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y a instancia del Presidente del Gobierno, por entenderse que vulnera los límites constitucionales de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas.

2. GENERALIDAD DE CATALUÑA. Normas reguladoras del Parlamento y del Presidente y Consejo Ejecutivo de la Generalidad.

Ley de la Generalidad de Cataluña 3/1982, de 23 de marzo («B. O. E.» de 4 de mayo).

A) Exposición.

Esta ley, como su título indica, contiene las normas fundamentales que regulan la actuación y funciones del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalidad, en desarrollo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y las relaciones del Presidente y el Gobierno con el Parlamento.

De su contenido interesan especialmente las siguientes disposiciones:

1. Promulgación de las leyes de Cataluña: Serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Generalidad, que ordenará su publicación con arreglo a lo establecido en el artículo 33, p. 2 del Estatuto (doble publicación en el «Diario Oficial de la Generalidad» y en el «B. O. E.») (art. 41).

2. Entrada en vigor de las leyes: Las leyes de Cataluña obligan a partir de los veinte días de su completa publicación en el «D. O. G.», si en ellas no se dispone otra cosa (art. 42).

3. Potestad reglamentaria: Corresponde al Consejo Ejecutivo ejercer la potestad reglamentaria en todos los casos en que no esté específicamente atribuida al Presidente de la Generalidad o a los consejeros (art. 71, c).

4. Personalidad jurídica única de la Administración: La Administración de la Generalidad funciona con personalidad jurídica única y está dotada de la capacidad necesaria para el cumplimiento de sus fines (art. 82).

B) Observaciones.

Esta ley, que está hecha con buena técnica jurídica, contiene un aspecto de constitucionalidad dudoso. Concretamente la regulación del plazo de «vacatio legis» y, por tanto, de la entrada en vigor de las leyes catalanas, cuestión que por referirse a la «aplicación de las normas jurídicas», es de la competencia exclusiva del Estado (art. 149, p. 1, núm. 8 de la Constitución). En cualquier caso, la regulación catalana del tema no difiere de la establecida en el artículo 2 del Código civil por la referencia al «Diario Oficial de la Generalidad», que, además, se impuso, por el Estatuto de Autonomía (art. 33, p. 2: «a efectos de su entrada en vigor regirá la fecha de su publicación en el Diario»).

3. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo («B. O. E.», del 14).

A) Exposición.

1. Reglas generales sobre los derechos a que se refiere la ley.

a) Finalidad de esta ley orgánica: El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica (art. 1).

Igualmente se protegerá este derecho frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática conforme a lo establecido en esta ley, mientras no se promulguen las normas previstas en el artículo 18, p. 4 de la Constitución (disp. trans. 1.ª).

b) Naturaleza del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula.

c) Delimitación del derecho protegido: La protección civil quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado, para sí o su familia (art. 2).

d) Protección penal de este derecho: Cuando las intromisiones ilegítimas sean delitos, se aplicará el Código penal, aunque se atenderá a los criterios de esta ley para determinar la responsabilidad civil.

2. Protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen.

a) Intromisiones ilegítimas del derecho:

— Determinación positiva: Tendrán esta consideración el emplazamiento de aparatos para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; su utilización para el conocimiento de dicha vida íntima, así como el empleo de manifestaciones o cartas privadas por persona distinta a su destinatario; la divulgación de hechos de la vida privada que afecten a la reputación de las personas o de escritos personales de carácter íntimo; la revelación de datos de la imagen de una persona en general, o de su nombre, voz o imagen para fines comerciales y la divulgación de expresiones o hechos personales difamantes (art. 7).

— Determinación negativa: No se considerarían intromisiones ilegítimas las actuaciones de la Autoridad de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural. Tampoco las intromisiones expresamente autorizadas por la ley o consentidas expresamente por el titular del derecho (artículos 8 y 2).

— Régimen especial del consentimiento a las intromisiones: Cuando se trate de menores o incapaces deberán prestarlo ellos, si tienen madurez suficiente o, en otro caso, su representante legal, por escrito y comunicándolo al Ministerio Fiscal. El consentimiento será revocable en cualquier momento, pero con indemnización de los daños y perjuicios, incluso de las expectativas justificadas (artículos 2 y 3).

— Reglas particulares sobre el derecho a la propia imagen: Este derecho no impedirá la utilización de la imagen de personas con cargo público o profesión de notoriedad, captadas en actos o lugares públicos, ni la información gráfica de sucesos públicos cuando la imagen personal sea accesorio (art. 8).

b) Existencia de perjuicio: El perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima.

c) Alcance de la indemnización: La ley fija los siguientes criterios:

— Se extenderá al daño moral.

— El daño moral se estimará según las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión, teniendo en cuenta la difusión del medio utilizado.

— Se tendrá en cuenta el beneficio obtenido por el causante de la lesión.

d) Legitimación activa en caso de fallecimiento del lesionado: El ejercicio de las acciones corresponderá a la persona designada testamentariamente por el lesionado, en su defecto al cónyuge, descendiente, ascendiente o hermanos y a falta de ellos al Ministerio Fiscal. Cualquiera de los parientes indicados o de los designados en testamento podrá ejercer las acciones, cuando sean varios. Los legitimados podrán también continuar la acción ya entablada por el titular (artículos 4 al 6).

e) Medios procesales: Frente a las intromisiones ilegítimas podrá acudir a las vías procesales ordinarias, al procedimiento previsto en el artículo 53, p. 2 de la Constitución y al recurso de amparo.

Transitoriamente podrán utilizarse los procedimientos regulados en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978 (art. 9 y disp. trans. 2.ª).

f) Contenido de la tutela judicial: Comprenderá todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión y restablecer el perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como impedir intromisiones ulteriores. Podrán adoptarse medidas cautelares y reconocerse el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados (art. 9).

g) Destino de la indemnización: Corresponderá en caso de daño moral a persona fallecida a sus parientes o causahabientes en la proporción en que sean afectados (art. 9, p. 4).

h) Plazo para el ejercicio de las acciones de protección: Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9, p. 5).

Las acciones de protección, cuando el lesionado haya fallecido, sólo podrán ejercitarse por el Ministerio Fiscal o por una persona jurídica si no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento (art. 4, p. 3).

B) Observaciones:

1. Esta ley orgánica, como expresa su Preámbulo, desarrolla el artículo 18, p. 1 de la Constitución que, dentro de los derechos fundamentales «garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Igualmente supone, aunque transitoriamente, un cierto desarrollo de la limitación del uso de la informática, prevista también constitucionalmente (cfr. art. 18, p. 4).

2. El contenido de la ley manifiesta que no es su objeto la regulación general de los derechos fundamentales antes citados, sino sólo es régimen especial aplicable para su protección en el ámbito civil. Incluso en este campo, la ley es muy fragmentaria, pues se limita a establecer las peculiaridades de la protección de los derechos a que se refiere, por lo que es preciso insertarlas en las instituciones del Derecho civil general, a fin de llegar a definir su régimen total. Esto conviene especialmente a la ordenación de la responsabilidad extracontractual, consecuencia de la infracción de los derechos de la personalidad regulados, que es precisamente el mecanismo más frecuente para su tutela. La ley sólo determina las acciones que tienen la consideración de intromisión ilegítima, es decir, tipifica

Los actos lesivos, hace presumir la existencia de perjuicio y señala criterios para la evolución y destino de la indemnización; elementos que deben, pues, integrarse en el sistema general de responsabilidad civil contenido en el Código civil.

3. El plazo para el ejercicio de las acciones de protección se regula con dos novedades de importancia. Por una parte, su duración es de cuatro años contados desde que sea posible el ejercicio de la acción, con lo que se altera esencialmente el régimen de la acción para exigir la correspondiente responsabilidad civil (cfr. art. 1.968 Código civil).

Por otra, dicho plazo se califica expresamente de caducidad, lo cual conlleva consecuencias relevantes (no interrupción, apreciación de oficio, sobre todo); no obstante, tal calificación no parece adecuada, pues tanto el supuesto regulado como la forma del cómputo son los propios de la prescripción (arts. 1.830, 1.961, 1.968, 1.969 del Código civil).

4. LA RIOJA. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio («B. O. E.» del 19).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: La Rioja, entidad regional histórica dentro del Estado español se constituye en Comunidad Autónoma para el ejercicio de su autogobierno, de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

2. Ambito territorial de la Comunidad Autónoma: Es el de los municipios comprendidos dentro de los límites de la actual provincia de La Rioja.

3. Condición política de riojanos: A los efectos del presente Estatuto son riojanos los españoles que, según las leyes del Estado, tengan residencia administrativa en cualquiera de los municipios de La Rioja.

4. Competencias de la Comunidad Autónoma: La Comunidad Autónoma ostenta competencias exclusivas, de desarrollo legislativo y de ejecución sobre las materias determinadas, en cada caso, por el Estatuto.

La Comunidad Autónoma de La Rioja asume, desde su constitución, todas las competencias, medios y recursos que, según las leyes, correspondan a la Diputación Provincial de La Rioja.

5. Organización autonómica: Son órganos de la Comunidad Autónoma la Diputación General, el Consejo de Gobierno y su Presidente.

La Diputación General representa al pueblo de La Rioja y es el órgano legislativo de la Comunidad.

El Consejo de Gobierno es el órgano colegiado que ostenta funciones de gobierno y administración, siendo dirigido por su Presidente.

6. Las leyes de la Comunidad Autónoma de La Rioja: Serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad Autónoma, que ordenará su publicación en el «Boletín Oficial de La Rioja», y en el «B. O. E.». Entrarán en vigor a veinte días de su última publicación, salvo que la propia norma establezca otro plazo.

El mismo régimen se aplicará a los Reglamentos que apruebe la Comunidad Autónoma (art. 21).

B) Observaciones.

De este Estatuto de Autonomía, uniprovincial y tramitado a través del procedimiento del artículo 143 de la Constitución, como los anteriores de Asturias y Cantabria, destacan dos aspectos:

1. La ausencia de toda regulación estatutaria sobre la Administración de Justicia en el territorio de la Comunidad, lo cual es una singularidad en el desarrollo de las autonomías. En consecuencia, La Rioja es, por ahora, la única Comunidad Autónoma que carece de Tribunal Superior de Justicia. Recordemos que otras comunidades uniprovinciales que carecían de Audiencia Territorial con sede en su territorio, han sido dotadas de dicho Tribunal (así, Cantabria y Murcia).

2. En la regulación de la entrada en vigor de las normas autonómicas, el período de «vacatio legis» se cuenta a partir de la última publicación de las mismas, en el «Boletín Oficial de la Región» o en el del Estado. También este criterio difiere del seguido en los restantes Estatutos de Autonomía, que atienden, para fijar el «dies a quo», a la publicación en los boletines oficiales de las propias Comunidades Autónomas (así, véase los artículos 28, p. 5 del Estatuto del País Vasco, 33, p. 2 del catalán, 13, p. 2 del gallego, 31, p. 2 del andaluz, 15, p. 2 del cántabro y 30, p. 2 del murciano); sólo el Estatuto asturiano soslaya la regulación de la entrada en vigor de las normas (v. su art. 31, p. 2, que sólo se refiere a la promulgación y publicación).

5. REGION DE MURCIA. Se aprueba su Estatuto de Autonomía.

Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio («B. O. E.» del 19).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma: La provincia de Murcia, como expresión de su entidad regional histórica, dentro de la indisoluble unidad de España se constituye en Comunidad Autónoma, para acceder a su autogobierno, de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

2. Ambito territorial de la Comunidad Autónoma: Es el de la actual provincia de Murcia, que se organiza en municipios limítrofes. Estas entidades gozarán de la personalidad jurídica y autonomía que les sean atribuidas por las leyes.

3. Condición política de murcianos: Gozan de ella los españoles que, según las leyes del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región de Murcia.

4. El derecho consuetudinario murciano: La Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región o protegerá y fomentará las peculiaridades culturales, así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando, en todo caso, las variantes locales y comarcales (art. 8).

5. Competencias de la Comunidad Autónoma: La Comunidad Autónoma ostenta las competencias exclusivas de desarrollo legislativo y de ejecución en las materias determinadas por el Estatuto.

6. Organización autonómica. Son órganos institucionales de la Región de Murcia: La Asamblea Regional, que ostenta la potestad legislativa; el Presidente y el Consejo de Gobierno, que dirige la política regional y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria.

7. Administración de Justicia:

a) Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia: 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 los términos del artículo 123 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto (artículo 34, p. 2).

b) Competencia de los órganos jurisdiccionales en la Región: Se extiende, en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho consuetudinario murciano. También se extiende a las cuestiones de competencias (art. 35).

8. Entrada en vigor de las leyes de Murcia: A efectos de su vigencia, regirá la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial de la Región de Murcia».

B) Observaciones.

El Estatuto murciano contiene una referencia al Derecho consuetudinario de la Región, en cierta forma similar a la realizada en el Estatuto asturiano (art. 16), pero que se completa con una importante novedad procesal cuya constitucionalidad resulta dudosa. En efecto, la existencia de un Derecho consuetudinario en la región murciana, cuya aplicación, conforme al artículo 1 del Código civil es subsidiaria, no parece fundamento adecuado para la atribución de los recursos de casación y revisión al Tribunal Superior de Justicia. Ha de tenerse en cuenta, igualmente, la práctica imposibilidad de que un litigio verse exclusivamente sobre la aplicación de costumbres, que, en buena lógica deben ser los únicos que en casación accedan a dicho Tribunal.

La reserva a los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos de casación y revisión en materia civil, que entraña el cierre al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Supremo, pone en entredicho el alcance de la jurisdicción de éste, que, según la Constitución, se extiende a toda España y es superior en todos los órdenes (art. 123, p. 1). La jurisdicción propia del Tribunal Supremo, dotada de estos caracteres, es además un límite constitucional expreso de las funciones de los Tribunales Supremos de Justicia (cfr. art. 152, p. 1, párrafos 2.º y 3.º).

2. *Derecho de obligaciones*

6. RELACIONES CONTRACTUALES ESPECIALES. Se regula la contratación de productos agrarios.

Ley 19/1982, de 26 de mayo («B. O. E.», del 9 de junio).

A) Exposición.

1. Finalidad de la ley: La ley establece principios de economía contractual para el tráfico de productos agrarios con el fin de promover y ordenar las relaciones contractuales entre las empresas agrarias y las de industrialización o comercialización (art. 1).

2. Ambito de aplicación de la ley: Se determina doblemente, teniendo en cuenta los contratos afectados y los productos a que se refiera.

a) Contratos: Esta ley aplicará a los contratos que versen sobre productos agrarios para su almacenamiento, conservación, acondicionamiento o transformación cuando ambas partes, sometiéndolos a la homologación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, pretendan acogerse a los estímulos que regula la propia ley.

b) Productos: El Gobierno, previos los informes oportunos y sin perjuicio de las competencias asignadas a las Comunidades Autónomas, determinará cada dos años los productos susceptibles de acogerse al régimen de la presente ley, que deben permitir establecer previsiones plurianuales para su comercialización y su ámbito territorial y temporal (art. 2).

Declarado un producto como incluido en el régimen de esta ley, subsistirá esta condición durante el plazo de vigencia de los acuerdos homologados o sólo durante tres años si en este plazo no se ha establecido el acuerdo interprofesional homologado (art. 3).

3. Modalidades y régimen de las relaciones contractuales sometidas a esta ley: Las relaciones entre las empresas agrarias y las adquirentes de sus productos podrán adoptar algunas de las siguientes modalidades:

a) Acuerdos interprofesionales: Son compromisos de larga duración (mínimo de dos años) suscritos por organizaciones agrarias y empresas agrarias con el fin de estabilizar los mercados u ordenar las transacciones.

Tienen la condición de convenios «marco», aplicándose las ayudas legales a los contratos particulares realizados a su amparo.

Estos acuerdos deben fijar las reglas y requisitos de los productos y relaciones que les afecten, siendo homologados mediante el procedimiento que señale el Ministerio de Agricultura.

Una vez establecido el acuerdo correspondiente, sus partes otorgarán *convenios de campaña* que fijarán los elementos principales de la campaña en función de los criterios adoptados.

A la vez que los convenios de campaña serán homologados los *contratos-tipo* aplicables a las relaciones y transacciones entre los productores agrarios y los compradores (arts. 5 a 7).

b) Acuerdos colectivos: A falta de acuerdo interprofesional se considerará acuerdo colectivo el conjunto de compromisos celebrados entre empresas y productores agrarios para conseguir los fines propios de aquél.

Los acuerdos colectivos deberán ser homologados por el Ministerio de Agricultura o Comunidad Autónoma correspondiente. La homologación quedará sin efecto por la que se haga de un acuerdo interprofesional sobre el mismo producto.

El acuerdo homologado sustituirá a los contratos de compraventa del mismo producto negociados en su ámbito de aplicación cuando lo soliciten las dos terceras partes de las empresas contratantes con una misma empresa adquirente (arts. 8 a 10).

c) Contratos de compraventa de productos, negociados colectivamente o a título individual.

4. Estímulos a las empresas agrarias y las de industrialización o comercialización: La ley establece las medidas, de naturaleza fundamentalmente pública que se aplicarán a estas empresas según resulten afectadas por acuerdos colecti-

vos (crédito oficial, seguros colectivos) o por acuerdos interprofesionales (crédito, beneficios, prioridades).

5. Intervención de la Administración: Además de la fundamental actividad de homologación, señalada anteriormente, la ley prevé la intervención administrativa en estas relaciones agrarias de dos formas:

a) Arbitral: Las partes podrán recurrir al arbitraje del Ministerio de Agricultura para resolver las diferencias en la interpretación de los acuerdos o en la aplicación de cláusulas de penalización. Dicho Ministerio designará los árbitros que desarrollarán su función con arreglo a lo dispuesto en la legislación sobre arbitrajes de Derecho privado (art. 12).

b) Sancionadora: El falseamiento de información y el incumplimiento de las obligaciones legales podrán dar lugar a la imposición de sanciones por el Ministerio de Agricultura, sin perjuicio de otras responsabilidades que sean exigibles (art. 13).

Finalmente, la ley tiene en cuenta la posibilidad de que intervengan en esta materia las Comunidades Autónomas, cuando les sean transferidas, conforme a sus estatutos, las facultades correspondientes (disp. final 2.ª).

B) Observaciones.

Esta ley cubre una nueva etapa del proceso de complicación y administrativación del Derecho agrario, en la línea marcada por recientes disposiciones propias de esta rama jurídica (Ley de Arrendamientos Rústicos, Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Jóvenes Agricultores). Debe resaltarse, sin embargo, que en el presente caso la aplicación de las instituciones reguladas por la ley se hace depender de la voluntad de las partes interesadas, con lo cual pierden importancia las críticas que podrían formularse. Así ocurre, por ejemplo, con la aplicación general de la ley (art. 1) o con el arbitraje administrativo (art. 12) que requieren una sumisión expresa de los interesados. Sin embargo, otros criterios informan la aplicación de un acuerdo colectivo a los contratos singulares referentes al mismo producto que puede imponerse por las empresas agrarias contratantes (art. 10).

Debe indicarse, por último, que aunque la ley se refiere a los contratos de compraventa como una modalidad de las relaciones contractuales que, regula, carece de disposiciones específicas sobre ellos, salvo la indicada del artículo 10, por lo que debe concluirse en que será aplicable, sin más excepciones, el régimen común de tales contratos.

7. MONEDA METALICA. Se autoriza la emisión y acuñación de las monedas integrantes del nuevo sistema de moneda metálica.

Real Decreto 1.417/1982, de 14 de mayo («B. O. E.» del 28 de junio).

La Ley 10/1975, de 12 de marzo facultó al Gobierno para acordar la emisión y acuñación de moneda metálica (art. 4) y para determinar el importe máximo de la misma que deberá admitirse entre particulares en concepto de medio de pago (art. 7). Ambas cuestiones son reguladas por el presente Real Decreto.

1.º Se dispone la acuñación de moneda con los valores de 100, 50, 25, 10, 5, 2 y 1 pesetas, fijándose su composición, peso, forma y dimensión respectivas.

2.º Se establece que tales monedas serán admitidas en las cajas públicas sin limitación y entre los particulares hasta los siguientes límites cuantitativos:

- Monedas de 1 peseta, hasta 50 pesetas.
- Monedas de 2 pesetas, hasta 100 pesetas.
- Monedas de 5 pesetas, hasta 150 pesetas.
- Monedas de 10 pesetas, hasta 200 pesetas.
- Monedas de 25 pesetas, hasta 250 pesetas.
- Monedas de 50 pesetas, hasta 500 pesetas.
- Monedas de 100 pesetas, hasta 1.000 pesetas.

Por último, el Ministro de Hacienda queda facultado para señalar la fecha en que deban ser puestas en circulación las nuevas monedas.

3. *Derechos reales*

8. PATRIMONIO NACIONAL. Se aprueba la ley reguladora.

Ley 23/1982, de 16 de junio («B. O. E.» del 22).

A) Exposición.

I. El Patrimonio Nacional.

1. Normas aplicables: El régimen jurídico de los bienes y derechos del Patrimonio Nacional se regula en esta ley y en el reglamento que se dicte para su ejecución. Supletoriamente se aplicará la Ley del Patrimonio del Estado (artículo 6, p. 1),

2. Los bienes integrantes del Patrimonio Nacional:

a) Concepto: Tienen esta calificación jurídica los bienes de titularidad del Estado afectos al uso y servicio del Rey y de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen (art. 2).

b) Caracteres: los bienes y derechos integrados en el Patrimonio Nacional serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, gozando de las mismas excepciones tributarias que los de dominio público y deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal (art. 6, p. 2).

c) Utilización: El Consejo de Administración adoptará medidas para su uso con fines culturales, científicos y docentes, que sea compatible con su afectación, y para la protección del ambiente y el cumplimiento de las exigencias ecológicas en los terrenos que gestionen (art. 3).

d) Bienes incluidos: Se integran en el Patrimonio Nacional los Palacios Reales de Oriente, Aranjuez, San Lorenzo de El Escorial, La Granja, Riofrío y El Pardo, los Palacios de La Quinta y La Almudaina, con todos los jardines, palacetes, terrenos o edificios anexos, otros terrenos o edificios en El Pardo y todos los bienes muebles enunciados en el inventario especial. Además, forman parte del Patrimonio una serie de derechos de patronato o de gobierno y administración sobre doce fundaciones (arts. 4 y 5).

e) Delimitación de los bienes: Se atenderá al perímetro fijado en los decretos declaratorios de conjuntos histórico-artísticos y, en relación con el «Monte de El Pardo» a los límites señalados en los planos del Instituto Geográfico Nacional. En su defecto se seguirá el criterio de preservar la unidad del conjunto monumental (art. 4, párr. 2.º).

f) Situación de los bienes que ha dejado, por esta ley, de pertenecer al Patrimonio Nacional: Se integrarán en el Patrimonio del Estado, salvo los montes, cuya titularidad se transfiriere al ICONA (disp. trans. 2.*).

II. Organización del Patrimonio Nacional.

1. El Consejo de Administración: Se configura como entidad de Derecho público, con personalidad jurídica y capacidad de obrar destinada a la gestión y administración de los bienes y derechos que integran el Patrimonio Nacional.

Depende orgánicamente de la Presidencia del Gobierno y está excluido de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (art. 1).

2. Composición y funciones: La ley regula la constitución del Consejo, sus funciones y su régimen financiero. Debe destacarse que el Consejo puede aceptar donaciones, herencias o legados y acordar adquisiciones lucrativas de cualquier clase de bienes. La aceptación de herencias se entenderá hecha a beneficio de inventario (art. 8, letra 1).

B) Observaciones.

Esta ley desarrolla la previsión constitucional de regulación del Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación (art. 132, p. 3 de la Constitución), viniendo a sustituir a la anterior ley reguladora, de 7 marzo 1940.

La nueva ley supone la reducción del contenido del Patrimonio Nacional, pues, algunos bienes, formaban parte del mismo, salen de él, pasando a integrarse en el Patrimonio del Estado o en el de ICONA, como prevé la disposición transitoria segunda. Esto ocurre con los bienes siguientes: El pinar y las matas de Valsaín, los predios denominados Sotomayor, Legamarejo y demás fincas rústicas de Aranjuez que eran del Patrimonio y las fincas urbanas de Sevilla de igual pertenencia.

El régimen jurídico de los bienes integrantes del Patrimonio Nacional no resulta alterado por la nueva regulación, pues, teniendo en cuenta los caracteres que se les asigna, continúan integrando una categoría especial de bienes públicos intermedia entre los patrimoniales del Estado y los de dominio público, participando de las notas distintivas de ambos. La reducción del Patrimonio Nacional es consecuencia de su concepción más estricta (bienes afectos al uso y servicios del Rey) y adecuada a los fines que debe realizar en la actual organización del Estado (compárese la nueva ley con los artículos 1 y 6 de la anterior, de 1940).

III. DERECHO MERCANTIL

9. MERCADO HIPOTECARIO. Se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Real Decreto 685/1982, de 18 de marzo («B. O. E.» del 7 de abril).

A) Exposición.

I. Alcance de la presente disposición: El mercado hipotecario tiene por objeto la negociación de los títulos emitidos por las entidades que se señalan a continuación, con la cobertura de los créditos hipotecarios que concedan, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en este Real Decreto.

II. Entidades emisoras.

1) En general: Pueden participar en el mercado hipotecario las siguientes entidades financieras: Banco Hipotecario de España, Entidades oficiales de Crédito, Bancos privados, Cajas de Ahorros, Caja Postal de Ahorros, Entidades de financiación, Cooperativas de Crédito, Sociedades de crédito hipotecario y, limitadamente, los promotores, constructores y sociedades de arrendamiento financiero inmobiliario.

En todo caso, deberán cumplir estas entidades las condiciones exigidas por la presente disposición.

2) Sociedades de crédito hipotecario: El Real Decreto regula los siguientes aspectos:

a) Requisitos: Son sociedades anónimas, con objeto exclusivo de realizar las operaciones previstas legalmente y de capital inferior a 250 millones de pesetas. La denominación y operaciones propias de estas sociedades son exclusivas, debiendo ser autorizada su constitución por el Ministerio de Economía y Comercio.

b) Operaciones: Los préstamos que concedan, títulos que emitan, captaciones de ahorro y participación en otras Sociedades deberán ajustarse a las condiciones que se establezcan en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto.

Podrán imponerse a estas sociedades coeficientes obligatorios de liquidez, inversión y garantía (que podrán llegar hasta el 15 ó el 10 por 100).

El límite de riesgos a mantener por una sociedad de crédito hipotecario con una persona o grupo de empresas no excederá del 2,5 por 100 de los recursos totales de la entidad, salvo autorización del Ministerio de Economía y Comercio.

Los tipos de interés de todas las operaciones, así como las comisiones por servicios serán los mismos que rijan para los Bancos y Cajas de Ahorros.

c) Otras condiciones: Las Sociedades de crédito hipotecario deberán dotar una reserva especial del 10 por 100 de los beneficios líquidos del ejercicio, hasta que alcance la mitad del capital social. Esta reserva subsume a la exigida por el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas. También deberán constituir una reserva para previsión de riesgos de insolvencia.

La publicidad de estas sociedades deberá ser autorizada por el Ministerio de Economía y Comercio, que ejercerá el control e inspección general sobre las mismas.

III. Operaciones activas. Se regulan los siguientes temas:

1. Préstamos hipotecarios: Las condiciones de los préstamos de cobertura se establecen con detalle por el Real Decreto, extendiéndose a la finalidad de la operación (financiación de obras o actividades), su cuantía (el 70 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado) y la garantía que se constituya.

En relación con las hipotecas que garantizan los préstamos se determinan los requisitos de los bienes sobre los que recaigan (titularidad, tasación previa, bienes excluidos y seguro obligatorio de daños), los caracteres de la hipoteca, los actos necesitados del consentimiento del Sindicato de Tenedores de Bonos y las condiciones para su impugnación en caso de quiebra del hipotecante. La hipoteca podrá ser ampliada forzosamente si el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más del 20 por 100.

Determinados créditos hipotecarios no podrán servir de cobertura (Títulos-valores vencidos, embargados, condicionales...) o sólo con restricciones (garantizados con hipotecas sobre edificios en construcción).

Las entidades financieras podrán también conceder avales para financiar actividades incluidas en el mercado hipotecario.

2) Tasación de bienes: Tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar los bienes hipotecarios, para que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado hipotecario.

De forma taxativa se establecen los criterios de tasación (coste de ejecución, valor de capitalización, valor de mercado, precio administrativo y valor de reposición corregido) utilizables, especialmente para la valoración del suelo, y el contenido de los informes de tasación.

La tasación habrá de efectuarse por los servicios especiales de las entidades especializadas creadas para este objeto y, en todo caso, por personas con capacidad profesional y facultativa adecuada.

Las entidades especializadas de tasación deberán reunir los requisitos que se especifican (sociedad anónima, domiciliada en España, capital mínimo de 25 millones de pesetas, desembolsado en un 50 por 100: contar con diez profesionales con capacidad para realizar tasaciones), entre ellos la inscripción en el Registro Oficial que se crea en el Ministerio de Economía y Comercio. Estas entidades deberán asegurar sus responsabilidades hasta un mínimo de 50 millones de pesetas

3) Coeficientes de seguridad: Las entidades que actúen en el mercado hipotecario deberán mantener un porcentaje mínimo de recursos propios en relación con los capitales en riesgo, en las cuantías fijadas por este Real Decreto, que podrán variarse por la Administración.

IV. Operaciones pasivas.

1) Régimen General de los títulos hipotecarios.

a) Clases de títulos: Pueden emitirse cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. Las cédulas hipotecarias podrán ser emitidas por entidades oficiales de crédito, Cajas de Ahorros y Sociedades de crédito hipotecario; los bonos hipotecarios, además, por Bancos privados, Caja Postal de Ahorro, Entidades de financiación y Cooperativas de Crédito.

Los datos que deberán constar en las cédulas y bonos se fijan, también detalladamente.

b) Emisiones: Se ajustará en general a las normas sobre anuncio y puesta en circulación de títulos de renta fija y a los pactos, estatutos y acuerdos de las entidades emisoras. Las modalidades de las cédulas y bonos a emitir son muy variadas, aunque en ningún caso la emisión de títulos podrá perjudicar al deudor hipotecario.

La emisión de cédulas en serie o con interés variable se somete a especiales requisitos, e igualmente la de bonos.

c) Afectación de créditos: La nota de afectación de créditos hipotecarios en garantía de bonos se practicará, en los Registros de la Propiedad correspondientes, mediante la escritura de emisión en la que se establezca la afectación y contendrá las menciones especiales que indica el Real Decreto.

Una vez extinguida la afectación de los créditos (por amortización, convenio o cancelación de la hipoteca) se cancelará la nota marginal, a su vez, mediante nueva nota marginal.

Para cancelar la hipoteca que garantice un crédito afectado a una emisión de bonos habrán de cumplirse especiales requisitos, con el fin de asegurar el respeto a los límites porcentuales establecidos.

d) Pago del capital y de los intereses: Deberá hacerse a las personas legitimadas, según la modalidad de los títulos emitidos. Se detendrá el devengo de intereses desde el día del vencimiento o fecha de reembolso de los títulos, háyanse presentando o no al cobro. La prescripción se regirá, en esta materia, por lo dispuesto en el artículo 950 del Código de comercio.

e) Pérdida y amortización de los títulos: En caso de pérdida o extravío de títulos nominativos o a la orden podrá obtenerse sólo transcurridos ocho meses desde la emisión de aquél y un mes desde su vencimiento, salvo que se preste caución.

De las formas de amortización sólo el procedimiento de sorteo es objeto de regulación especial.

f) Límites de emisión: El volumen de bonos y cédulas que se emiten no podrá superar el 90 por 100 de los créditos que puedan servir para su cobertura. Si este límite se traspasa, en cualquier momento, las entidades emisoras están obligadas a restablecer a través de los procedimientos regulados por este Real Decreto (depósitos de efectivos o fondos públicos, adquisición de cédulas y bonos, otorgamiento de nuevos créditos hipotecarios, afectación de nuevos créditos, amortización de cédulas y bonos).

2) Régimen de participaciones hipotecarias: Las participaciones incorporan un porcentaje del principal del crédito hipotecario participado, que determinará el alcance económico del derecho de su titular. El emisor conserva la titularidad del crédito participado, debiendo ejercitar los derechos correspondientes y abonar a los partícipes el porcentaje que les corresponda de capital e interés.

Será incompatible la emisión de participaciones y bonos relativos a un mismo crédito, así como la de cédulas cuando no se respeten los porcentajes de garantía establecidos.

La cesión del crédito hipotecario por el emisor requerirá el consentimiento de todos los partícipes.

Los títulos de las participaciones serán nominativos y contendrán las menciones que el Real Decreto señala.

El partícipe no estará legitimado para ejecutar el crédito hipotecario, pero sí tendrá acción ejecutiva contra el emisor para pedir su efectividad. Sólo cuando la entidad emisora incumpla sus obligaciones por falta de pago del deudor podrá el partícipe ejercitar, por subrogación la acción hipotecaria en caso de que lo emita aquella entidad.

Las participaciones son transmisibles, debiendo notificarse la operación al emisor y sin que el transmitente responda de la efectividad de la misma participación.

Se extinguirán las participaciones cuando se produzca la del crédito participado, pero sus titulares conservarán acción contra el emisor hasta que cumpla totalmente sus obligaciones.

V. Régimen fiscal, financiero y de control.

1) **Tributación:** La suscripción o adquisición de cédulas y bonos hipotecarios podrán tener la consideración de inversiones, a efectos de las deducciones correspondientes en el ámbito de los Impuestos sobre la Renta de Personas Físicas y sobre Sociedades.

La emisión, transmisión, reembolso y cancelación de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias estarán exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2) **Régimen financiero:** Los títulos regulados por este Real Decreto se admitirán en las mismas condiciones que los valores cotizados en Bolsa para las inversiones constitutivas de fondos de reserva especiales con adscripción de destino de las empresas.

Los recursos captados por las entidades financieras en el mercado hipotecario no serán computables como ajenos a efectos de los coeficientes de inversión obligatoria.

3) **Control administrativo:** La Inspección Financiera del Ministerio de Economía y Comercio controlará el cumplimiento de las normas relativas al mercado hipotecario.

Las infracciones, calificables de muy graves, graves y leves, se sancionarán por el Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Comercio o el Director General de Política Financiera.

VI. El mercado secundario.

1) **Operaciones de que son susceptibles los títulos hipotecarios:** Los títulos hipotecarios serán transmisibles por cualquier medio admitido en Derecho, sin necesidad de intervención de fedatario público, ni notificación al deudor. Podrán ser admitidos a cotización oficial en Bolsa y comprados, vendidos o pignorados sus propios títulos hipotecarios.

Quienes ocupen cargos directivos en las entidades que participen en el mercado hipotecario y sus parientes no podrán obtener créditos ni avales, sometidos al régimen de este Real Decreto, sin autorización del Ministerio de Economía y Comercio. El mismo régimen se aplicará a quienes sean titulares de más de 5 por 100 del capital social de dichas entidades.

2) **Fondos de regulación:** Se constituirán por entidades emisoras, mediante la suscripción de certificaciones de participación, con el fin de asegurar un grado suficiente de liquidez de los títulos hipotecarios y una evolución estable de las cotizaciones. La gestión de los fondos se realizará por sociedades gestoras que deberán cumplir los requisitos establecidos en este Real Decreto.

Una entidad depositaria, que podrá ser una de las que operen en el mercado hipotecario, deberá custodiar los activos de los Fondos de Regulación.

Los fondos deberán inscribirse en un registro administrativo especial, con un patrimonio mínimo de 100 millones de pesetas y con participación de más de diez entidades emisoras, teniendo acceso al mercado monetario.

Su régimen fiscal será el mismo que el de los fondos de inversión mobiliaria, cuyas disposiciones materiales tendrán aplicación subsidiaria respecto de los Fondos de regulación, en cuanto convengan a su naturaleza.

3) Aranceles de Notarios y Registradores: Sin perjuicio de su revisión futura, los derechos por su intervención en operaciones de movilización del crédito hipotecario se reducirán en un 25 por 100.

B) Observaciones.

El presente Real Decreto desarrolla la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario; a su vez, algunos aspectos del mismo han sido desarrollados en la Orden de 22 de junio de 1982 (véase, más adelante, disposición número 13).

10. AGRUPACIONES Y UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS. Se regula su régimen fiscal, así como el de las sociedades de desarrollo industrial regional.

Ley 18/1982, de 26 de mayo («B. O. E.» del 9 de junio).

A) Exposición.

1. Objeto de la Ley: Esta Ley establece las condiciones, requisitos y el régimen fiscal especial aplicable a las Agrupaciones de Empresas. Uniones Temporales de Empresas y Contratos de cesión de unidades de obras. También regula el régimen fiscal de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

2. Agrupaciones de Empresas: Tendrán esta consideración las agrupaciones que se deriven de las distintas modalidades contractuales válidas de colaboración entre empresarios que, sin crear un ente con personalidad jurídica propia, sirvan para facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial de sus miembros. Las agrupaciones deberán formalizarse en escritura pública.

Los actos necesarios para la constitución, ampliación, reducción disolución y liquidación de las Agrupaciones gozarán de una bonificación del 99 por 100 en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (arts. 4 a 6).

3. Uniones temporales de Empresas: Son sistemas de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro; no tendrán personalidad jurídica.

Sus operaciones gozarán de una bonificación del 99 por 100 en el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas (arts. 7 a 10).

4. Cesión de unidades de obra: Son estipulaciones celebradas entre el titular de un contrato y un tercero por las que éste se obliga a ejecutar unidades de la obra, sin que tenga la naturaleza de subcontrato de elementos parciales.

Estas operaciones gozarán de una bonificación del 99 por 100 en los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y General sobre el Tráfico de las Empresas (art. 19).

5. Sociedades de desarrollo industrial regional: Son sociedades de carácter público constituidas al amparo de las disposiciones que regulan su sistema financiero especial.

Las operaciones societarias y emisoras de empréstito que realicen estas sociedades gozan de una reducción del 99 por 100 en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (artículos 20 a 23).

6. Otras disposiciones: La Ley se refiere también, entre otros temas, a las Sociedades de promoción de empresas y a los grupos de sociedades a efectos de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades.

B) Observaciones.

La nueva Ley deroga expresamente las disposiciones anteriores sobre la materia contenida en la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre Uniones y Agrupaciones Temporales de Empresas y en los Reales Decretos 3.029/1976 y 3.030/1976, de 10 de diciembre, y 430/1977, de 11 de marzo, sobre Sociedades de Desarrollo Industrial (v. disp. derogativa).

11. ACTIVIDADES EMPRESARIALES. Se regulan determinadas actividades contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Real Decreto 1.189/1982, de 4 de junio («B. O. E.» del 10).

La presente disposición establece una serie de limitaciones a las actividades comerciales referidas a espectáculos o publicaciones de carácter pornográfico u objetos relacionados con el sexo que sean contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

Tales limitaciones son las siguientes:

1. Se prohíbe la publicidad exterior de los espectáculos que contengan imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres y, en general, la publicidad de las actividades contrarias a dichos valores.

2. Se prohíbe la exhibición pública por los vendedores de las publicaciones pornográficas.

3. La venta de publicaciones pornográficas y objetos relacionados con el sexo que sean contrarias a la moral o a las buenas costumbres sólo podrá hacerse en establecimientos especiales, ajustados a los requisitos que se establecen.

4. Queda prohibida la circulación postal y la venta ambulante o a domicilio de las publicaciones y objetos indicados.

La infracción de estas prohibiciones se sancionará por la Administración, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales cuando los hechos sean calificados como infracción penal.

Por último, deben destacarse los problemas que puede originar la aplicación de esta disposición, dada la falta de precisión de los objetos a que se refiere (pornografía y similares) y de los valores cuya tutela pretende (moral, buenas costumbres), característicos «conceptos jurídicos indeterminados» de difícil fijación y además, variables en el tiempo.

En general la legalidad de esta disposición resulta dudosa, por abordar la regulación de materias (ejercicio de actividades empresariales, régimen sancionador) que, por lo menos, requeriría una especial habilitación por norma con rango de ley para su normación reglamentaria. En este sentido no parece suficiente atender a lo dispuesto en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, sobre todo después de la Constitución.

12. ENTIDADES DE DEPOSITO. Se regulan algunas consecuencias de la participación o adquisición de estas entidades.

Orden de 25 de junio de 1982 («B. O. E.», del 28).

A) Exposición.

1. Adquisición de una Entidad de Depósito por otra. Efectos: Cuando la Entidad adquirente actúe en un ámbito geográfico limitado y absorba la personalidad jurídica de la Entidad adquirida, podrá operar fuera de su ámbito, manteniendo las oficinas operativas de esta última, con un número máximo de tres.

Para ello será necesaria la autorización del Ministerio de Economía y Comercio, previo informe del Banco de España.

2. Adquisición compartida de una Entidad de Depósito por varias otras: Cada una de las adquirentes podrá operar, con arreglo a lo indicado anteriormente, en las oficinas de la Entidad adquirida, según lo establecido en el convenio de adquisición, aprobado por el Ministerio de Economía y Comercio.

B) Observaciones:

La presente Orden trata de atender a la situación, frecuente en la actualidad, de adquisición de Entidades de Depósito con el fin de reajustar su gestión con mejora de su solvencia. La cuestión abordada es muy concreta, pues se reduce al ámbito territorial de actuación de las Entidades adquirentes, en forma individual o colectiva, imponiéndose la necesaria intervención administrativa, cuya finalidad es, claramente, mantener la seguridad del sistema financiero e impedir fraudes.

13. MERCADO HIPOTECARIO. Se desarrollan algunos aspectos del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo.

Orden de 22 de junio de 1982 («B. O. E.» del 29).

A) Exposición.

1. Sociedades de Crédito Hipotecario:

a) Oficinas: Inicialmente sólo podrán tener una; pero transcurridos dos años desde su constitución, el Ministerio de Economía y Comercio podrá autorizar la apertura de dos oficinas más cada año.

b) Activos financieros: Deberán mantener un 9 por 100 de sus emisiones de cédulas y bonos, depósitos a plazo constituidos por certificados de Regulación Monetaria, pagarés del Tesoro y depósitos en Entidades de Depósito con vencimiento inferior a un mes.

c) Coeficiente de garantía: Será del 8 por 100.

d) Límites de riesgos: Se establecen las condiciones que califican los grupos de Empresas y la forma de computarse, en general, estos límites.

e) Tipos de interés: Estas entidades quedan sometidas a las disposiciones relativas a las Entidades aplicables serán los pactados libremente por las partes.

2. Cédulas, bonos y participaciones hipotecarias: No serán computables en los coeficientes de inversiones obligatorias en fondos públicos y préstamos de regulación especial de los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito.

3. Fondos de Regulación: Esta Orden regula la participación de las Entidades emisoras, el patrimonio mínimo de los Fondos, la composición de su activo y las posibles operaciones que pueden desarrollar en el mercado hipotecario.

B) Observaciones.

Mediante esta Orden Ministerial se hace uso de la autorización contenida en la disposición adicional del Real Decreto 685/1982 (reseñado anteriormente) derogándose parcialmente la Orden de 14 octubre 1969, sobre actuación bancaria (núms. 1, 2 y 3).

IV. DERECHO PROCESAL

14. JUICIOS POR DESPIDO. Se regulan las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación.

Real Decreto 924/1982, de 17 de abril («B. O. E.» de 13 de mayo).

A) Exposición.

1. Supuestos en los que es aplicable este procedimiento: Serán los siguientes:

a) Cuando la sentencia de la Magistratura declarando el despido improcedente se dicte transcurridos sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda.

b) Cuando el Tribunal Superior declare improcedente, por primera vez, el despido; y

c) Cuando el Tribunal Superior declare improcedente el despido en recurso instado por el empresario que no ha utilizado, durante su tramitación, los servicios del trabajador, habiéndose pagado su salario.

2. Trámites del procedimiento de reclamación:

— La reclamación deberá hacerse ante la Dirección de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que hubiera tenido lugar el juicio.

— El plazo para reclamar será de treinta días desde la firma de la sentencia.

— Deberá acompañarse la oportuna certificación de la sentencia de la Magistratura.

— Podrá unirse al expediente informe de la Inspección de Trabajo.

— La Dirección Provincial resolverá en el plazo de treinta días.

3. Efectos: Desestimada la reclamación, expresamente o por silencio administrativo, el interesado podrá entablar demanda ante la Magistratura de Trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Procedimiento Laboral.

B) Observaciones.

El derecho de cobro de los llamados «salarios de tramitación» se encuentra reconocido en los artículos 56, p. 5 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, y 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.568/1980, de 13 de junio.

Teniendo en cuenta la falta de regulación de este procedimiento de reclamación el Real Decreto permite ejercitar las relativas a extinciones de la relación laboral posteriores al citado Estatuto de los Trabajadores y anteriores a su propia entrada en vigor, dentro del plazo de dos meses desde ésta (disp. trans.).

V. OTRAS DISPOSICIONES

15. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS. Se regulan las cantidades a percibir por los liquidadores de Distrito Hipotecario por gastos originados en la recaudación y gestión de autoliquidaciones.

Orden de 1 de abril de 1982 («B. O. E.», del 2).

La indemnización y compensación que deben percibir los liquidadores de Distrito Hipotecario por los gastos originarios por la recaudación de las cuotas autoliquidadas y los derivados de los servicios de gestión, comprobación y estadística de las autoliquidaciones, se fijan en los siguientes importes:

— 2 por 100 de las cuotas autoliquidadas, si la oficina liquidadora es competente para su ulterior tramitación.

— 0,50 por 100 si la oficina no es competente para el examen, comprobación y liquidación complementaria que, en su caso, proceda; y

— 1,50 por 100 para la oficina en que no se hubiere ingresado el importe de la autoliquidación, pero a la que se remitan las actuaciones para su posterior tramitación.

La Orden regula también el procedimiento administrativo para que el Ministerio de Hacienda abone las cantidades correspondientes a los liquidadores.

Esta disposición se encontraba prevista en la disposición adicional 3.^a del nuevo Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 3.494/1981, de 29 de diciembre (reseñado en ADC, XXXV-II, núm. 22, de la Información Legislativa).

16. TABACO. Se regula su publicidad y consumo.

Real Decreto 709/1982, de 5 de marzo («B. O. E.» de 15 de abril).

Con la finalidad de proteger la salud pública, se establece una serie de medidas limitativas de la publicidad y consumo de tabaco.

Las limitaciones que se imponen son:

1. Suspensión de la publicidad del tabaco en medios de comunicación dependientes de entes públicos.

2. Colocación obligatoria en los paquetes de tabaco de una advertencia sobre los riesgos que entraña su consumo.

3. Prohibición de venta de tabaco a menores de dieciséis años.

4. No introducción en el mercado de labores ricas en alquitrán y nicotina.

5. Reserva de zonas especiales para no fumadores en los medios de transporte colectivo, establecimientos públicos y locales comerciales cerrados.

6. Señalización especial de zonas donde se autorice fumar en centros sanitarios y docentes.

17. MINUSVALIDOS. Se regulan medidas para su integración social.

Ley 13/1982, de 7 de abril («B. O. E.» del 30).

Esta ley supone un primer desarrollo de las previsiones del artículo 49 de la Constitución y establece una serie de medidas y actuaciones tendentes a facilitar

la completa realización personal e integración social de los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, así como la asistencia y tutela de los disminuidos profundos.

A estos efectos se entiende por minusválido a toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios regulados por la ley deberá efectuarse, en forma personalizada, por la Administración.

Las medidas y actuaciones previstas en la ley se refiera a la prevención, diagnóstico y valoración de las minusvalías, la rehabilitación, la integración social y los servicios sociales. Debe destacarse la imposición a las empresas públicas y privadas que empleen a más de 50 trabajadores fijos de la obligación de emplear a trabajadores minusválidos en número no inferior al 2 por 100 de su plantilla.

Otras medidas complementarias de ayuda se refieren a la supresión barreras arquitectónicas que limiten la movilidad de los minusválidos, tanto en lugares o edificios abiertos al público, como en los destinados a vivienda.

18. DERECHOS HUMANOS. Ratificación del Protocolo núm. 2, de 6 de mayo de 1963, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Instrumento de 18 de marzo de 1982 («B. O. E.», del 10 de mayo).

Este Protocolo atribuye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia para emitir dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas referentes a la interpretación del Convenio y sus Protocolos.

Los dictámenes del Tribunal deberán ser solicitados por el Comité de Ministros y no podrán versar sobre el contenido y alcance de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio (ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «B. O. E.» de 10 de octubre), ni sobre cuestiones que la Comisión, el Tribunal o el Comité de Ministros deban conocer en virtud de recursos.

19. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA. Se regula el procedimiento para acreditar ante el fedatario público el pago de las inversiones extranjeras en España.

Resolución de 28 de abril de 1982 («B. O. E.» del 13 de mayo).

Esta disposición establece las formas para acreditar, ante el fedatario público y ante el Banco de España, el pago de una inversión extranjera, tanto con aportación dineraria exterior, como con cargo a una cuenta extranjera de pesetas interiores, sustituyendo al régimen anterior, plasmado, sobre todo, en la Resolución de 25 de enero de 1975 y la Circular 4/1974, ambas, como la presente, dictadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores.

La resolución contiene los siguientes apartados:

— Justificación ante el fedatario del pago realizado antes del otorgamiento del documento público.

— Justificación ante el fedatario del pago realizado en el acto del otorgamiento del documento público.

- Transmisión de inversiones extranjeras entre no residentes.
- Pago de inversiones extranjeras con billetes de banco extranjero.

20. TOROS. Se regulan los espectáculos tradicionales.

Orden de 10 de mayo de 1982 («B. O. E.» del 18).

Esta Orden establece un régimen complementario del artículo 46 del Reglamento de Espectáculos Taurinos, de 15 de marzo de 1962, y relativo a los espectáculos: Encierros tradicionales de reses bravas, suelta de reses para fomento y recreo de la afición y toreo de vaquillas en plazas públicas. Respecto de cada modalidad se determinan los requisitos exigibles y, en especial, las medidas de seguridad que deben adoptarse.

21. TRIBUNAL DE CUENTAS. Se aprueba su Ley Orgánica.

Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo («B. O. E.» del 21).

La regulación por ley orgánica del Tribunal de Cuentas se encontraba prevista por la Constitución (art. 136, p. 4), siendo, además, necesaria la derogación de la anterior Ley de 3 de diciembre de 1953.

La nueva Ley Orgánica se compone de cinco títulos dedicados sucesivamente a: «Fiscalización económico-financiera y jurisdicción contable», «Composición y Organización del Tribunal de Cuentas», «Los miembros del Tribunal de Cuentas y el personal a su servicio», «La responsabilidad contable» y «Funcionamiento del Tribunal»:

Aparte de las innovaciones organizativas y técnico-financieras que introduce la ley, deben destacarse dos de carácter estrictamente jurídico y de gran interés para la actuación del Tribunal:

1.º La posibilidad de que las resoluciones del Tribunal de Cuentas sean susceptibles de recursos de casación y revisión ante el Tribunal Supremo, con arreglo a lo que establezca la futura Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

2.º La aplicación supletoria de las Leyes de Procedimiento Administrativo, de la Jurisdicción contencioso-administrativa y de Enjuiciamiento Civil y Criminal, a las actuaciones del Tribunal de Cuentas, según su naturaleza.

Finalmente merece destacarse igualmente la regulación legal de la responsabilidad contable como especie de responsabilidad extracontractual. La ley de termina los caracteres y formas de tal responsabilidad, las exigencias de especial aplicación en esta materia, y los procedimientos para su exigencia (Título IV, arts. 38 a 43).

22. TRATADO DEL ATLANTICO NORTE. Adhesión del Reino de España.

Instrumento de 29 de mayo de 1982 («B. O. E.» del 31).

Una vez concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en la Constitución (art. 94, p. 1), el Reino de España pasa a ser parte en el Tratado conforme al procedimiento regulado en el mismo.

El Tratado entró en vigor para España el día 30 de mayo de 1982, fecha del depósito del Instrumento de Adhesión ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Las restantes partes del Tratado son, actualmente: Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Grecia, Turquía y República Federal de Alemania.

El Tratado fue hecho en Washington el día 4 de abril de 1949 y se le acompañan los Protocolos para la adhesión de Grecia y Turquía (Londres, 17 de octubre de 1951) y de la República Federal de Alemania (París, 23 de octubre de 1954).

De las disposiciones establecidas en los catorce artículos del Tratado pueden distinguirse las siguientes:

1. Relaciones internacionales: Las partes se comprometen a resolver por medios pacíficos cualquier controversia internacional en la que pudieran verse implicadas (art. 1).

2. Política de armamento: Las partes mantendrán y acrecentarán su capacidad individual y colectiva de resistencia al ataque armado (art. 3).

3. Ayuda mutua: Las partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y, en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, asistirá a la parte o partes así atacadas, adoptando seguidamente las medidas que juzguen necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte (art. 5).

4. Organización: Las partes establecen un consejo, en el que cada una de ellas estará representada, para conocer de las cuestiones relativas a la aplicación del Tratado. El Consejo establecerá cuantos órganos subsidiarios puedan ser necesarios y, en especial, el comité de defensa (art. 9).

23. NOTARIADO. Se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial.

Real Decreto 1.126/1982, de 28 de mayo («B. O. E.» del 4 de junio).

Esta disposición acomete la reforma del Reglamento Notarial, que venía exigida por las últimas modificaciones legislativas y, sobre todo, por la vigente Constitución de 1978. Los aspectos a que se refiere la reforma son limitados, anunciándose disposiciones ulteriores que completen la actuación iniciada.

La reforma se refiere a las siguientes materias:

1. Tribunales de Honor, que en aplicación de la Constitución, se declaran suprimidos, derogándose expresamente los artículos del Reglamento a ellos relativos.

2. Ingreso en el Notariado. Se establecen normas sobre las oposiciones de ingreso, que serán anuales, su convocatoria, requisitos de los aspirantes, solicitudes, Tribunal calificador y ejercicios de la oposición.

3. Nombramiento y toma de posesión: En este aspecto se manifiesta la posible incidencia en el Notariado de la constitución de Comunidades Autónomas, que ostentan competencia para el nombramiento según los Estatutos de Autonomía ya promulgados. Se modifican, también, la cuantía de la fianza a constituir

y el régimen del título de Notario que, en adelante, será único y expedido por el Ministro de Justicia.

4. Retribución de los Notarios, que seguirá regulada por el Arancel Notarial.
5. Concursos de traslado y oposiciones entre Notarios.
6. Ejercicio de la función notarial, en su distrito y fuera del mismo.

24. **FUNCION PUBLICA.** Se regulan las incompatibilidades en el sector público.

Ley 20/1982, de 9 de junio («B. O. E.» del 19).

La presente ley es aplicable al personal civil al servicio de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, Local e Institucional, a los funcionarios de la Seguridad Social y al personal de las empresas públicas.

Se establecen por la ley los principios que inspiran la incompatibilidad aneja al desempeño de la función pública, las actividades privadas que se declaran incompatibles y la prohibición de percibir varios sueldos con cargo a los presupuestos públicos, salvo autorización o que los servicios se presten en régimen de jornada reducida.

También se regula la situación de los funcionarios y demás personal sometido a esta ley que acceda a la condición de Diputado, Senador o miembro de Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Las disposiciones transitorias contienen en el régimen especial para la aplicación de la ley al personal sanitario.

Finalmente, esta ley estará en vigor el mismo tiempo que la de Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos o, en todo caso, el 1 de enero de 1983.

25. **INDUSTRIAS.** Se aprueban las medidas para su reconversión.

Ley 21/1982, de 9 de junio («B. O. E.» del 19).

Esta ley es resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 9/1981, de 5 de junio, que ya fue reseñado en este ANUARIO y del cual no difiere sustancialmente. (Véase ADC, XXXIV-III, núm. 30, de la Información Legislativa).

26. **MONTES.** Repoblaciones gratuitas en terrenos incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

Ley 22/1982, de 16 de junio («B. O. E.» del 22).

Por esta Ley se autoriza al ICONA a repoblar terrenos incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública sin necesidad de adquirir tales terrenos ni fijarse participación en el suelo arbóreo.

En otro sentido se establece la modificación de los contratos de repoblación de montes catalogados en 1 de enero de 1982 no hayan agotado sus efectos, con el fin de equiparar su régimen a las nuevas repoblaciones gratuitas autorizadas. Las entidades titulares de los montes contratados para su repoblación podrán optar por acogerse a esta modificación o continuar con los contratos existentes.

Esta ley es resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 2/1982, de 12 de febrero, ya reseñado en este ANUARIO (véase tomo XXXV-II, disposición núm. 23 de la Información Legislativa).

27. TRANSPORTE ESCOLAR. Se regulan las medidas de seguridad. Real Decreto 1.415/1982, de 30 de abril («B. O. E.» de 28 de junio).

Esta disposición regula una serie de medidas para dar mayor seguridad al transporte escolar. Se establecen los requisitos que deben reunir los conductores, los vehículos, los trayectos y el desarrollo de la actividad.

También se regulan las condiciones del seguro complementario que deben contratar los transportistas y la obligación de quienes contraten sus servicios de exigirles la exhibición de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos antes aludidos.

Finalmente, el Real Decreto prevé el régimen sancionador aplicable y determina la entrada en vigor sucesiva de sus disposiciones, así como el derecho transitorio correspondiente.

28. SENADO. Se aprueba su Reglamento.

Reglamento aprobado el 26 de mayo de 1982 («B. O. E.» de 30 de junio).

El nuevo Reglamento sustituye el Reglamento provisional de 18 de octubre de 1977 y entrará en vigor el décimo día siguiente al de su publicación en el «B. O. E.».

Consta de 196 artículos, 3 disposiciones adicionales, 6 transitorias y una final. Su contenido se distribuye en 12 títulos que llevan las siguientes rúbricas: «De la Constitución del Senado»; «De los Senadores y de los Grupos Parlamentarios»; «De la organización y funcionamiento del Senado»; «Del procedimiento legislativo»; «Del procedimiento de revisión constitucional»; «De las preguntas e interpelaciones»; «De las comunicaciones e informes de Gobierno y de otros órganos estatales»; «De las relaciones del Senado con otras instituciones constitucionales»; «De la publicidad de los trabajos del Senado»; «De las peticiones y de la reforma del Reglamento».

NOTA CRITICA

DOVAL DE MATEO, Juan de Dios: «La Revisión Civil», Librería Bosch, Barcelona, 1979, pág. 373.

1. Conocí al profesor Doval a inicios de la década de los 70, con motivo de la inauguración de la Facultad de Derecho de San Sebastián. El entonces Decano de la Facultad, profesor García Cantero, me presentó al profesor Doval, me habló de su vocación universitaria, de su propósito de dedicarse a la enseñanza del Derecho procesal, y de la absoluta carencia bibliográfica, en aquel entonces, de la Facultad de Derecho de San Sebastián, así como de la falta de persona que pudiera dirigir la tesis doctoral de dicho profesor, encomendándome dicha *misión*.

A lo largo de más de cinco años colaboré con el profesor Doval en la formación de la tesis, y en sucesivas entregas por correo o rápidos viajes a Barcelona de dicho profesor, pude contribuir a la formación del libro que ahora comento. En principio dudaba del éxito de la empresa; sin libros y sin una dirección permanente, era muy difícil abordar con éxito una tesis doctoral. Pero el entusiasmo y la preparación del profesor Doval superó todos los obstáculos, y el resultado fue esta excelente monografía que recoge la dedicación al Derecho procesal de su autor.

Ultimada la tesis, y ante la manifiesta soledad del profesor Doval, le propuse se desplazara a Barcelona para colaborar en la Facultad de Derecho de esta ciudad. El profesor Doval agradeció mi ofrecimiento, declinándolo no obstante para no abandonar a los alumnos de San Sebastián, que en aquellos momentos carecían de otro profesor de Derecho procesal. A los escasos meses moría vilmente asesinado el profesor Doval, víctima de la locura suicida de paisanos de aquellos alumnos por los que había sacrificado su porvenir. Pero afortunadamente la obra permanece. Y en este sentido la monografía sobre «La revisión civil» es una importante aportación a las disciplinas jurídicas que demuestra las reales dotes del profesor prematuramente desaparecido.

2. El esquema de la obra permanece fiel a los cánones clásicos. Se inicia con una exposición de los antecedentes históricos de la revisión, con especial atención a la «*restitutio in integrum*»; se ocupa a continuación del fundamento y de la naturaleza jurídica de la revisión, aspecto éste sin duda alguna el más destacado

N. de la R.

Esta Redacción se une, con todo entusiasmo y dolor, al debido homenaje que aquí dedica el catedrático don Manuel Serra a la memoria de don Juan de Dios Doval, con ocasión de dar cuenta de su notable estudio sobre la revisión civil. Nuestro recuerdo es tanto más debido cuanto que el profesor Doval fuera durante bastantes años colaborador habitual del ANUARIO, en su sección de jurisprudencia procesal.

de la obra, y que analizaremos en un próximo apartado; y tras abordar los problemas relativos a los sujetos de la revisión con especial dedicación a los terceros intervinientes y al Ministerio Fiscal, y al objeto de la revisión, dentro del que distingue los procesos susceptibles de revisión y dentro de ellos las resoluciones definitivas como impugnables por esta vía, pasa un detenido análisis a cada uno de los diversos motivos de casación, analizando en primer lugar la revisión fundada en documentos, recobrados o falsos, y destacando el necesario carácter decisivo del documento para que pueda tener éxito la revisión; a continuación la revisión por falso testimonio predeterminante de la sentencia; para concluir con la hipótesis práctica más interesantes de revisión: el fraude procesal, con dedicación especial a la citación fraudulenta, principal motivo en que ha fundado el Tribunal Supremo la revisión de la sentencia. La monografía concluye con un estudio sobre el procedimiento de la revisión, con especial atención al contenido de la sentencia, diverso según estime la revisión o la desestime, y muy especialmente, sobre los efectos de la revisión, tanto en el propio recurso como en el proceso revisado.

El análisis de todos y cada uno de dichos problemas nos obligaría a redactar una nueva monografía, por lo que prestaremos especial atención a los problemas más sugestivos: la naturaleza jurídica de la revisión; las posibilidades sociológicas de éxito del recurso; y por último, el carácter parcialmente vinculante de la sentencia de revisión en el proceso revisado. Hay que destacar, no obstante, la atención prestada por el autor a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constantemente manejada, y de la que se ofrece un índice comprensivo desde la Sentencia de 15 febrero 1886 hasta la de 26 diciembre 1975, con un total de 169 sentencias consultadas, de las que se efectúa un breve resumen, con indicación del motivo en que se fundaba la revisión, del resultado del recurso, y la referencia al repertorio donde puede ser consultada íntegramente.

3. Aun cuando nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil considere la revisión como un recurso, tratándolo a continuación del recurso de revisión, y reiterando dicha calificación en los diversos epígrafes del Título XXII, del Libro II, de dicha Ley y lo menciona como tal nada menos que en trece ocasiones a lo largo de los quince artículos dedicados por la Ley al estudio de la revisión, no escapa a la fina intuición del profesor Doval que en realidad nos encontramos ante un proceso autónomo de revisión de una sentencia firme. Tras efectuar un análisis de las características de los recursos, advierte Doval que la revisión no es un verdadero recurso, tanto por lo dilatado de los plazos de su interposición, cuanto por el carácter firme de las sentencias revisables cuanto especialmente por no aspirar a sustituir la sentencia revisada, limitándose el Tribunal Supremo a anular el proceso objeto de revisión.

Fruto de su investigación son dos interesantes conclusiones: objeto de la revisión no es tanto la sentencia, cuanto todo el proceso; y la revisión constituye un proceso autónomo de declaración de nulidad de un proceso. Particularmente importante es esta segunda conclusión. Aun cuando aparentemente la revisión constituye un ataque a la cosa juzgada de la sentencia, y en este sentido aparece redactado el artículo 1.251 C. c., lo cierto es que la revisión constituye por el contrario un medio para proteger la cosa juzgada de la sentencia frente a posibles ataques infundados.

Los motivos que abren la vía a la revisión, en especial el motivo de maquinación fraudulenta que curiosamente es el más utilizado en la práctica y con mayor éxito, determinan en realidad una simple apariencia de sentencia. Si la sentencia ha sido dictada sin audiencia de la parte contraria, se ha infringido un principio esencial de procedimiento que determina la inexistencia del proceso y con él la inexistencia de la sentencia. Pero precisamente para proteger la cosa juzgada, la declaración de inexistencia de la sentencia sólo puede hacerse a través de un proceso: la revisión; dentro de unos cortos plazos: tres meses del conocimiento, y cinco años desde la publicación de la sentencia; y ante el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional más elevado. La revisión no constituye por tanto un ataque a la cosa juzgada, sino un medio adicional para proteger la cosa juzgada de la sentencia.

Es significativo al respecto que una sentencia justa, pero dictada a través de una maquinación fraudulenta, puede ser objeto de revisión; la revisión no se plantea el problema de fondo de la sentencia, y sólo en forma indirecta cabe entrar en la cuestión de fondo al analizar el carácter decisivo del documento o del falso testimonio, sino exclusivamente la corrección del procedimiento formal por el que la sentencia se ha dictado. Las cuestiones objeto de revisión no han podido ser analizadas en el proceso revisado, bien por haber sido ocultadas fraudulentamente en el transcurso del mismo, bien por haberse producido con posterioridad. La revisión no supone una repetición de juicio, sino un nuevo juicio sobre cuestiones no suscitadas en el juicio anterior. No debe extrañar por tanto que el segundo proceso seguido tras la revisión pueda terminar con una sentencia idéntica a la del proceso revisado. Lo que constituye la mejor demostración de que la revisión no es en realidad un recurso, sino un proceso autónomo de declaración de nulidad de un proceso incorrectamente tramitado.

Es asimismo interesante poner de relieve la analogía que existe entre el «recurso» de revisión y el «recurso» de amparo constitucional. Ambos «recursos» se proponen contra una sentencia firme; en los dos cabe pedir la suspensión de la ejecución, suspensión excepcional que requiere un expreso pronunciamiento del Tribunal; los dos se proponen ante un Tribunal con jurisdicción en todo el territorio nacional; y ninguno de los dos juzga sobre la corrección de la sentencia, limitándose a anular el proceso, que puede continuar de nuevo. Lo que a su vez constituye la mejor demostración de que ni la revisión ni el amparo constitucional constituyen verdaderos recursos, sino más bien procesos autónomos de anulación de un proceso anterior.

4. Sociológicamente la monografía sobre «La revisión civil» nos permite llegar a conclusiones muy interesantes:

a) En primer lugar, únicamente se han formulado ante el Tribunal Supremo 169 revisiones a lo largo de noventa años, lo que supone un promedio próximo a dos revisiones por año, que contrasta poderosamente con el promedio de 350 casaciones anuales, sobre todo si tenemos en cuenta que la revisión procede incluso contra las sentencias de los Juzgados inferiores. Podríamos afirmar que el promedio de revisiones es infinitesimal ante el conjunto de los procesos seguidos ante los Tribunales de Justicia.

b) Es curioso, no obstante, que los recursos de revisión hayan aumentado estos últimos años. Frente a las ocho revisiones producidas entre 1886 y 1930,

se contabilizan diez revisiones en 1970 y once revisiones en 1975. El incremento habido en los años 1962 —trece revisiones— y 1967 —quince revisiones—, posiblemente cabría imputarlo a la incidencia de los procesos arrendaticios, los más afectados por las maquinaciones fraudulentas, primera causa de revisión. De todas formas si la revisión supone una situación patológica del proceso, el aumento del número de revisiones revela la insatisfacción de la sociedad ante la profunda crisis de la Administración de Justicia en los actuales momentos.

c) Si ínfimo es el número de revisiones, más pequeño es todavía el número de revisiones estimado, que no llega al 14 por 100 de los supuestos examinados por el Tribunal Supremo. En el período estudiado por Doval únicamente 24 procesos han sido anulados por el Tribunal Supremo, lo que supone un promedio de 0,27 revisiones estimadas por año, es decir, poco más de una revisión cada cuatro años.

d) Incluso disminuye dicho promedio según cual sea la causa alegada de revisión. Ya que de dichas 24 revisiones, 18, es decir, un 75 por 100, se apoyan en el motivo cuarto, como citaciones fraudulentas de las partes; dos, en el motivo primero; tres en el motivo segundo; y únicamente una vez ha sido estimada la revisión por falso testimonio. Es curioso que la principal causa de revisión ni siquiera figure establecida como tal en el texto legal, sino que esté incluida en el concepto más amplio de maquinaciones fraudulentas.

5. El párrafo segundo del artículo 1.807 LEC, al disponer que «en todo caso servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hubieren hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas», plantea interesantes problemas de vinculación entre dos sentencias con objeto diverso que son inteligentemente estudiados y resueltos por Doval.

Existe, en primer lugar, el obstáculo de que la sentencia dictada en revisión no contiene declaración de hechos probados sobre el fondo del asunto, ni puede pronunciarse sobre las pretensiones objeto del proceso revisado, lo que impide que la sentencia dictada en revisión tenga efectos prejudiciales sobre la sentencia dictada en el segundo proceso, quedando con ello ampliamente limitada la declaración del artículo 1.807 LEC.

Forzoso es por tanto considerar que la vinculación de que trata dicho artículo no es respecto al fondo, sobre el que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado, sino exclusivamente respecto de la forma, y más concretamente de los motivos objeto de revisión. En el nuevo proceso las partes no podrán desconocer ni el hecho de la revisión, ni los motivos que dieron origen a la misma. Si el Tribunal Supremo ha declarado falso el testimonio, el Tribunal sentenciador deberá prescindir de dicho testimonio en su sentencia. Si, por el contrario, el Tribunal Supremo ha rescindido el proceso para que se incorporen al mismo nuevos documentos, el Tribunal sentenciador no podrá prescindir del análisis de dichos documentos en la sentencia que dicte.

Lo cual no significa que la sentencia deba pronunciarse partiendo de los hechos probados recogidos en el documento decisivo incorporado al proceso. La parte contraria podrá demostrar perfectamente que dichos hechos no corresponden a la realidad, proponiendo contraprueba tendente a desvirtuar el contenido del documento; y el Tribunal podrá perfectamente, declarando probados los hechos de la contraprueba, considerar desvirtuados los hechos reflejados en el

documento que dio origen a la revisión. Con lo que en la práctica es perfectamente posible, aunque no sea frecuente dado el componente doloso propio de la mayoría de las causas de revisión, que la sentencia dictada en el segundo proceso coincida literalmente en cuanto al fondo con la sentencia del proceso revisado. Lo que en definitiva demuestra hasta qué punto la revisión más que un verdadero recurso es un proceso autónomo encaminado a demostrar la nulidad de un proceso terminado por sentencia firme, fundada en hechos que no pudo tener en cuenta el Tribunal sentenciador.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho procesal

«Las fuentes del Derecho inglés (A propósito de un libro del Profesor Criscuoli)» (*)

1. La obra científica del profesor Criscuoli es conocida entre nosotros, principalmente, por su importante libro sobre las obligaciones testamentarias (*Vid ADC*, 1981, pp. 1121 y ss.). Al lado de esta faceta de índole dogmática y casuística que le conocemos, la obra que motiva estas líneas nos muestra la del agudo comparatista y profundo conocedor del Derecho inglés que es, sin duda, el mencionado profesor de la Universidad de Nápoles. Sabe muy bien, por ello, que para iniciarse en el estudio de este Derecho es indispensable un conocimiento completo de su peculiar sistema de fuentes, y al estudio sistemático, histórico y crítico del mismo ha dedicado la obra cuyas aportaciones principales intentamos resumir y destacar aquí. Estructurada, pues, en torno al sistema de fuentes del Derecho inglés, que es lo más propio de este Derecho por contraste con los demás ordenamientos europeos, la obra que nos ocupa es una buena ocasión para ofrecer al lector español una visión global de este sistema, lo mismo que sobre ciertos aspectos generales del Derecho inglés y, en especial, recoger alguna información sobre las fuentes de conocimiento del mismo.

En efecto, después de dos capítulos preliminares, concernientes a los caracteres generales (pp. 1-42) y a la tipología de las fuentes (pp. 43-61), la obra se divide en otros cuatro capítulos en los que el autor estudia con rigor y abundante información cada fuente del Derecho inglés, a saber: los precedentes judiciales (pp. 63-414); la ley (pp. 415-479); la costumbre (pp. 481-500) y la doctrina (pp. 501-528). De especial importancia es el extenso Capítulo II, que trata sobre los precedentes judiciales y está subdividido, a su vez, en seis secciones, relativas al *common law* (pp. 63-160), a la *equity* (pp. 161-237), a las reformas judiciales de los años setenta del siglo pasado (pp. 238-282) y del actual (pp. 283-335), a la teoría del precedente (pp. 336-388) y a los repertorios judiciales (pp. 389-414). Además de ser completo y extenso, hay otras dos características formales que llaman la atención en este libro. De una parte, se trata del conjunto de estudios preliminares que, a modo de prólogos o prefacios, vienen antepuestos al mismo, los cuales incluyen algunas reflexiones sobre el valor del Derecho inglés, en cuanto marco de contraste con los demás Derechos de la Europa Occidental, debidas a destacados juristas de Francia, España e Inglaterra, lo mismo que a un importante comparatista y a dos renombrados juristas italianos, un historiador y un civilista (pp. XVII-LX). De otra parte, hay que mencionar los útiles Apéndices que completan la obra, donde destaca una bibliografía selecta y abundante (páginas 531-593).

Todo esto revela que estamos ante un buen libro de introducción al Derecho inglés. Puede ser de interés, por ello, que intentemos resumir los caracteres generales que discute el profesor Criscuoli, así como la tipología de las fuentes que propone; especial relevancia tienen para nosotros, en fin, las fuentes instrumentales, es decir, las principales fuentes literarias o documentales que permiten

(*) G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, con prólogos sobre *Il valore del diritto inglese come dato di comparazione*, de X. BLANC-JOUVAN, J. L. DE LOS MOZOS, K. LIPSTEIN, L. I. CONSTANTINESCO, P. GROSSI y P. RESCIGNO, Ed. Giuffrè, Milán, 1981 (pp. LX y 593).

profundizar en el conocimiento del Derecho inglés. Se trata, pues, de las colecciones legislativas, los repertorios judiciales y los llamados *books of authority*, y a los que nos vamos a referir en particular.

2. Ante todo, llama la atención una observación evidente, y es que el Derecho inglés no vive arrinconado en la «pérfida Albión», sino que interesa a un tercio del género humano pues rige en Inglaterra, Irlanda, Canadá, Nueva Zelanda y en los Estados Unidos de América, salvo en Luisiana. Pero no se aplica en Escocia donde las *Acts of Union* de 1707, contemporánea de nuestro Decretos de Nueva Planta, aseguraron la pervivencia de un Derecho propio y fuertemente romanizado, si bien la unidad de administración y de las últimas instancias en el orden judicial le han aproximado en los últimos años al Derecho inglés propiamente tal. Acostumbran los autores ingleses destacar, como primera característica de este Derecho, su antigüedad y continuidad, lo que quiere decir, a juicio del profesor Criscuoli, «dinamismo en el respeto a la tradición» (p. 10). Se trata, como es sabido, de un ordenamiento que evoluciona de un modo constante y armónico por medio de la transformación de sus viejas estructuras de cara a las exigencias nuevas. Y ello se debe a la ausencia de rupturas radicales en la evolución histórica del país y al tradicionalismo que es connatural a la misma, el que se aprecia de un modo notable en la clase de los juristas. Otra característica destacada es la falta de codificación, la que está muy relacionada, en cierto modo, con la característica anterior. Que no existan códigos en el Derecho inglés no quiere decir que no existan textos legales de tipo sistemático, los que se denominan consolidaciones, están regulados por la *Consolidation of Enactments (procedure) Act*, 1949, y son cerca de 150; en el campo del Derecho civil, textos consolidados hay en materia de familia y de arrendamientos. Lo que pasa es que no hay códigos en el sentido técnico que impuso el Iluminismo, de textos legales *ex novo* que derogaran el Derecho anterior. Consiguientemente, la característica más notable del Derecho inglés es su naturaleza predominantemente judicial. Explica el autor que esta característica tiene sentidos diversos. Significa, ante todo, que la evolución descansa fundamentalmente en la actividad judicial; que la función del juez es creadora de Derecho, y es, por ello, un *judge-made law*; que se trata de un Derecho casuístico y profesional y que se basa, fundamentalmente, en la técnica del precedente. Entre otros aspectos, consecuencia importante de todo esto es que la ley es, frente al Derecho judicial, tanto de *common law* cuanto de *equity*, una *lex specialis* que deroga al *case law*, el cual desempeña las funciones de Derecho común y general. Quizá por esto mismo, otra nota que caracteriza al Derecho inglés es su historicidad. Ciertamente que todos los Derechos son históricos, lo mismo que la ciencia jurídica a ellos referida, pero en el Derecho inglés esto quiere decir dinamicidad, «en el sentido —escribe el profesor Criscuoli— de que la historia de su origen, de su desarrollo o movimiento es una componente de su propia normatividad, de donde resulta que la determinación del contenido de cada una de sus reglas, y en cada momento, no puede prescindir en absoluto de la consideración puntual de todas las circunstancias que le han afectado a lo largo de su vida desde el preciso momento de su nacimiento» (p. 27).

Por eso conviene recordar que la historia del Derecho inglés suele dividirse:

en cuatro períodos, a saber: El período anglosajón anterior a la conquista normanda de 1066, que se caracteriza por el predominio de las costumbres locales; el período que se extiende hasta el advenimiento de los Tudor en 1485, que se caracteriza por la elaboración jurisprudencial que dio lugar al *common law*; el período que va hasta la reforma judicial de 1875, caracterizado por la dualidad y la rivalidad de los jueces de *common law* y de *equity*; en fin, el período que se prolonga hasta nuestros días, cuyas notas más salientes son la fusión de estas dos jurisdicciones, la reforma judicial de los años setenta, la proliferación de reformas instrumentadas por medio de leyes especiales o estatutos y la invasión de la normativa de la CEE. En fin, la característica más interesante del Derecho inglés es, probablemente, la de su resistencia al Derecho romano, acerca de la que el profesor Crisculi hace importantes observaciones, que obligan a matizar la afirmación corriente según la cual, a pesar de tratarse de un Derecho que no es romanista ni romanizado, guarda estrechos paralelismos con el Derecho romano histórico, el que podría ser, por ello, la base de un nuevo Derecho común a todo el Occidente europeo. Así, dice el autor que la tendencia inglesa hacia lo concreto, aun cuando es cierta y parecida a la que muestran las fuentes romanas clásicas, nada tiene en común con éstas, sobre todo que no hay vestigios de haber perdurado el Derecho romano en Inglaterra, a pesar de haber pertenecido al Imperio formalmente por más de 500 años; se trata, por el contrario, de un rasgo que es propio del pueblo inglés. Otra semejanza que se ha querido ver entre ambos Derechos es el carácter jurisprudencial de los mismos; pero la regla del *stare decisis*, en que se basa la técnica del precedente del Derecho inglés, es distinta del Derecho romano pues da a la sentencia del juez el valor de una norma objetiva, que nunca llegó a tener en éste, de la misma manera que lo que vincula en el Derecho inglés es la sentencia del juez, y no el dictamen de los juristas, con o sin el *ius publice respondendi*, como era en el Derecho romano de la época clásica. Otro paralelismo que se ha destacado es el que puede haber entre las *legis actiones* y las *forms of action*, pero se trata, asimismo, de una coincidencia externa y ocasional pues tal técnica procesal surgió en la Inglaterra medieval con total independencia del Derecho romano, debido a la temprana hegemonía alcanzada por el rey; es, pues, una manifestación del poder político del Estado absoluto que comienza a gestarse en un ambiente típicamente feudal. Y tampoco hay nada en común entre el Pretor romano y el Chanciller inglés ni, por tanto, entre el *ius honorarium* y la *equity*; entre otras razones técnicas, por éstas dos: porque el primero era un Derecho legal que fue codificado en el Edicto perpetuo, mientras que el segundo es un Derecho judicial, y porque no hay en el primero institución alguna que se parezca al *trust*, la que es propia y característica del segundo. No debe llevar a confusión, observa el autor, el uso por los juristas ingleses de expresiones latinas pues éstas no son romanas sino, como entré nosotros, provienen del *ius commune*. Por el contrario, profundas diferencias técnicas hay entre el Derecho inglés y el Derecho romano. Así, la familia inglesa nunca tuvo el fundamento social y político de la romana; la herencia inglesa no se corresponde con la *hereditas* ni con la *universitas*, pues a la muerte del causante sigue una fase de liquidación de su patrimonio; el testamento inglés es puramente patrimonial y no sirve para designar un sucesor; el dominio inglés, concebido como el mejor derecho a poseer, es difícilmente dissociable de la po-

sesión, lo que admitía el Derecho romano; el contrato inglés es una categoría general que contrasta con los contratos singulares típicos del Derecho romano y, en fin, la responsabilidad civil inglesa está ligada, a la inversa, a particulares figuras típicas de *torts* o deberes de abstención, a diferencia de los actos ilícitos romanos que son manifestaciones de la máxima *alterum non laedere*. Antes bien, sólo en cinco instituciones del Derecho privado inglés es segura la influencia del Derecho romano, a saber: «1) la aceptación de la idea del testamento en cuanto medio de destinación de bienes *mortis causa*; 2) la creación de la *Assize of Novel Disseisin* como instrumento de tutela posesoria conforme al ejemplo del remedio pretorio del interdicto de *unde vi*; 3) el reconocimiento de la *donatio mortis causa*; 4) la incidencia del concepto de *injuria* en el desarrollo del derecho de *trespass*; 5) la configuración del instituto del *bailment* según las indicaciones romanas del *mandatum* y del *depositum*» (p. 40), como escribe el autor con gran precisión. Y esta influencia romanista careció de organicidad y permanencia; se debió, por el contrario, a motivos muy concretos de orden judicial y dogmático. En efecto, al lado de la influencia romanista ejercida por la Iglesia católica, por los consejeros del rey y los jueces de la Curia y por la *Admiralty Court* al aplicar el Derecho mercantil internacional, hay que recordar que el Derecho romano fue enseñado por Vacarius, según la interpretación de los glosadores, en Canterbury y en Oxford en el siglo XII, lo mismo que por los *regii professores* instituidos en Oxford y en Cambridge en el siglo XVI, y que los primeros juristas sistemáticos, Glanvill y Bracton, se inspiraron en la *Glossa* de Azón, sobre todo el último. Por eso, el Derecho romano es en Inglaterra, a falta de un precedente concreto, una fuente histórica, de eficacia persuasiva, pero no vinculante.

En efecto, por lo que se refiere a la tipología de las fuentes, hay que señalar que las fuentes formales del Derecho admiten, como nos recuerda el autor, clasificaciones diversas, que acoge la doctrina inglesa moderna. Así, las cuatro fuentes legales, llamadas así por tener eficacia vinculante, se dividen en dos principales, que son los precedentes judiciales de *common law* y de *equity* y la legislación o *statute law*, y en dos subsidiarias, que son la costumbre y la doctrina contenida en los *books of authority*; estas dos últimas vinculan al intérprete sólo en la medida en que lo permitan las dos primeras. Pero, al lado de estas fuentes legales existen las *authoritative sources* o *persuasive sources*, esto es, fuentes que no obligan sino que persuaden o convencen según su respectivo valor o poder de convicción. Varias son estas fuentes, a saber: Ante todo, los precedentes judiciales que no sancionan una regla de Derecho vinculante, tales como las resoluciones de los tribunales norteamericanos y de los países integrados en la *Commonwealth*, las de la Corte de Justicia de la CEE y las del *Judicial Committee* recaídas en apelaciones sobre la propiedad de naves o aeronaves secuestradas por motivos bélicos, sobre alteraciones de los edificios eclesiásticos y sobre las sanciones que afectan a las profesiones médicas; de otra parte, los *obiter dicta* de las sentencias que vinculan, y, en fin, las llamadas fuentes históricas. Y éstas son el Derecho romano, el Derecho canónico, el Derecho mercantil, los *Reports* de la *Law Reform Commission* y los «manuales». Aunque el Derecho romano es de escasa operatividad, destaca el profesor Criscuoli que, a diferencia de los derechos romanistas, tiene en Inglaterra la virtualidad de ser una fuente de Derecho destinada, principalmente, a colmar lagunas; por ejemplo, ade-

más de las instituciones mencionadas antes, los principios del Derecho romano han inspirado resoluciones en tema de cuasicontratos, de incumplimiento fortuito de las obligaciones o *frustration of contract*, de garantías, de frutos, reivindicación de abejas y ciertas servidumbres prediales, señaladamente, la de desagüe. En cuanto al Derecho canónico, hay que señalar que comprende tanto al católico como al anglicano, y que el Derecho mercantil inglés era, hasta la codificación del siglo pasado, el mismo que el del resto de Europa, sobre todo en el campo del tráfico marítimo internacional. Mayores particularidades ofrecen las otras dos fuentes históricas o persuasivas. Los citados *Reports* son, como se sabe, las propuestas, relaciones e informes emitidos por la *Law Reform Commission*, creada en 1934, al objeto de actualizar la legislación; aun cuando estos textos motivan reformas legislativas, no tienen el valor de los trabajos preparatorios del Parlamento. Reorganizada esta Comisión en 1965 ha dado lugar a importantes reformas; cabe citar aquí *The Law Reform (Husband and Wife) Act, 1962*, que inició la reforma del Derecho de familia en Inglaterra. Por lo que respecta a los «manuales», se trata de obras de la doctrina que carecen de fuerza de autoridad, especialmente en el campo del Derecho internacional privado, del Derecho inmobiliario registral y del Derecho de daños, obras posteriores al año 1765 en que Sir William Blackstone publicó sus célebres *Commentaries*; estos textos se distinguen de los llamados *books of authority* por una razón puramente práctica ya que los datos que existen sobre los precedentes judiciales anteriores a ese año son poco fiables, de modo que tales precedentes se conocen, principalmente, a través de los libros antiguos, considerados como espejos del Derecho de su tiempo. Ciertamente que los «manuales» no son libros de texto ni están enderazados primordialmente a la enseñanza del Derecho, al menos, a la enseñanza universitaria; son obras monográficas de la doctrina, publicadas bien en forma de libros, bien en forma de artículos de revista. Conviene quizá apuntar que las revistas inglesas de más fama y prestigio son la *Law Quarterly Review*, el *Cambridge Law Journal* y la *Modern Law Review*; asimismo, que la enseñanza del Derecho hasta principios del siglo pasado fue extrauniversitaria. Esto explica, a juicio del autor, que la doctrina inglesa se mantenga tan próxima a la práctica, a la realidad judicial y a la evolución de las líneas directrices del ordenamiento (p. 527). Y es que suele mencionarse como última fuente histórica o persuasiva la existencia de ciertos valores fundamentales o superiores, que no son semejantes, en rigor, a nuestros principios generales del Derecho. Se trata de ciertos valores que se expresan a través de la sensibilidad de los jueces y que admiten una ordenación jerárquica. Menciona el autor los siguientes: la «santidad» de la persona y de sus derechos fundamentales, el carácter absoluto de la propiedad individual, la seguridad nacional, la igualdad de los ciudadanos, la moral corriente, el respeto a la tradición y la convivencia internacional pacífica; reconoce, asimismo, que «se admite que la salvaguardia de la nación es un bien superior a todos los demás; que la 'santidad' de la persona prevalece sobre la intangibilidad del derecho de propiedad; que el bienestar social se mueve rápidamente hacia las más elevadas posiciones de prevalencia» (p. 59). En fin, al lado de las fuentes legales y de las fuentes históricas tenemos las fuentes literarias, esto es, las fuentes de conocimiento del Derecho inglés, incluso de conocimiento oficial del mismo a través de la publicación de las leyes, de los repertorios de jurisprudencia y de los libros:

provistos de valor normativo; estas fuentes tienen para nosotros, pues, un valor instrumental de primer orden.

Por lo que se refiere a las leyes, publicaciones oficiales sólo hay desde el siglo pasado, aunque existen ediciones privadas desde la utilización de la imprenta en el siglo xv; las leyes anteriores no se promulgaban ni publicaban dada la presunción de conocimiento general de las mismas por ser el Parlamento un órgano representativo de todo el pueblo. Hoy la totalidad de las leyes vigentes se publican por el *Statute Law Committee* creado en 1868 y reformado en 1947; se trata de una colección oficial que se titula *Statutes Revised*, de 32 volúmenes, y que comprende todas las leyes en vigor desde 1235 hasta hoy, a la que se une un volumen titulado *Statutes in force*, que incluye las leyes nuevas. La Imprenta Real publica, además, dos volúmenes anuales con las leyes que se han dictado durante el año, uno con las de carácter general y otro con las de tipo particular por razón del territorio. Semioficial es, en cambio, la colección anual titulada *Law Reports-Statutes*. Dada la antigüedad de algunas leyes, advierte el profesor Criscuoli que hay que tener en cuenta el modo de citarlas, tema que ha sido objeto de una ley especial, la *Acts of Parliament Numbering and Citation Act*, 1962. Hasta el siglo xiv, las leyes se citaban por el lugar de su promulgación, por las primeras palabras del texto o por la materia; desde finales de este siglo comienzan a citarse, en cambio, o por la indicación de la sesión parlamentaria en que fue aprobada la ley o por el número de orden de la misma en cada año. Así, «14 Geo. 6, c. 6» quiere decir ley número 6 (*chapter*) aprobada en la sesión parlamentaria correspondiente al 14.º año del reinado de Jorge VI; mientras que desde 1962 basta con indicar el año y el número: «1968, c. 60» significa, pues, ley número 60 de 1968. En cuanto al título de la ley, solía señalarse completo hasta la *Short Titles Act*, 1896, que permitió la mención resumida y fijó una lista oficial de títulos de las leyes, la que ha sido actualizada en 1948. Los materiales preparatorios del texto definitivo de la ley no se publican, y los tribunales no los tienen en cuenta desde el caso *Millar v. Taylor* de 1769

Se comprende que en un sistema jurídico de base judicial, como el inglés, los repertorios de jurisprudencia constituyan una pieza clave del mismo y sean las principales fuentes instrumentales para el conocimiento del Derecho en vigor. Después de una larga historia, se constituyó en 1865 una asociación semi-oficial, el *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, que publica hoy las sentencias, no todas sino las más importantes, de los tribunales superiores. Esta publicación se llama *The Law Reports*, y consta de tres series de volúmenes anuales, a saber: De 1865 a 1875; de 1876 a 1890 y de 1891 hasta hoy. En cada volumen, las sentencias vienen expuestas con indicación del nombre de las partes, el año, el tribunal que las dictó; para citarlas, suele indicarse el volumen y la página del *Law Report*. La misma Institución publicó semanalmente unas *Weekly Notes* entre 1866 y 1952, la que continúa hasta el presente con el título de *Weekly Law Reports*. Al lado de estas publicaciones semioficiales, existen otros repertorios de jurisprudencia privados o comerciales; el más importante es el *The All England Law Reports*, iniciado en 1936. Hay que señalar que ninguna de estas colecciones publican todas las sentencias ni las reproducen íntegras; antes bien, se trata de una selección de las más importantes, que alcanza hasta las tres cuartas partes de las dictadas por el más alto tribunal, la *House*

of Lords, y de un extracto o resumen del supuesto de hecho, de las argumentaciones de las partes, de los razonamientos del juez o tribunal, y del fallo con las opiniones disidentes si las hubo. La redacción del extracto es, pues, una labor técnica, a cargo hoy de profesionales, y antes de *barristers* que asistían personalmente al desarrollo del juicio. Para los precedentes anteriores a 1865, hay que distinguir dos períodos separados por el año 1535. Desde 1272 hasta ese año se publicaron, en efecto, unos anuarios o anales de jurisprudencia denominados *Year Book* o *Books of Terms* por diversos autores, parece ser que con finalidades didácticas; han sido reeditados, con el título de *Rolls Series*, entre 1863 y 1911, aparte de otras ediciones parciales privadas. Una especie de resúmenes de estos textos son los llamados *Abridgments*, siendo de mencionar los debidos a Statham, publicados entre 1490 y 1495, reeditado en 1915, Fitzherbert, de 1516, y Brooke, anterior a 1558. Desde 1535 aparecieron, en cambio, los llamados *Named* o *Private Reports* por estar redactados por un autor; los más famosos son los atribuidos a Dyer, Plowden, Coke, Saunders, Burrow, Durnford e East, Mannin, Granger y Scott, Foster, y Meeson y Elsby, por lo que se refiere al *common law*, mientras que en relación con la *equity* destacan el *Lambert's Cases*, los *Choyce Cases*, el *Totbill's Digest*, el *Swanston's Reports* y, sobre todo, la publicación de Peer Williams de 1740. Es de señalar que el más famoso de todos estos autores es Sir Edward Coke, cuya obra, que suele citarse como *The Reports* simplemente, contiene, además de los casos, breves comentarios de índole histórica y crítica. En este período se publicaron, asimismo, *Abridgements* por Sheppard en 1675, Hughes en 1660-1663, Rolle en 1668, Viner en 1741-1758, Comyns en 1762-1767 y Matthew Bacon en 1736 y 1832. Estos textos presentan la particularidad de exponer los casos por conceptos o máximas, ordenados según el alfabeto; se anticipan en cierto modo, por una parte, a la codificación, y por otra, a las modernas enciclopedias, tales como la de Halsbury, *Laws of England*, 56 volúmenes, 4.^a ed. de 1973, o el más breve *Dictionary of English Law* de Jowitt, reimpresso en 1972.

Finalmente, hay que mencionar los más importantes *books of authority*. Recordemos que se trata de los libros anteriores al año 1765, los que están provistos de fuerza legal como fuente subsidiaria, a diferencia de los «manuales» posteriores que tienen sólo un valor persuasivo. Parece ser que la razón de la distinción entre unos y otros radica, como advierte el profesor Criscuoli, en las nuevas técnicas de impresión que, con posterioridad al año mencionado, permitieron un conocimiento más seguro de las sentencias judiciales (p. 502). Así, pues, la autoridad de estos libros no deriva siempre de la *auctoritas* del autor, sino más bien del desconocimiento de los casos y de los precedentes judiciales y de la desconfianza ante los repertorios jurisprudenciales. Con todo, no se trata de una fuente histórica o persuasiva, o de una fuente literaria o instrumental, sino de una fuente legal supletoria en el sentido técnico que hemos dejado expuesto antes; tienen, pues, en palabras de Blackstone, *intrinsic authority*, según se resolvió en el caso *Ashford v. Thornton* de 1818, a propósito del duelo judicial (1).

(1) Son relativamente numerosas estas obras en el campo del Derecho civil, señaladamente, respecto del *common law*; mientras que hay sólo una referida a la *equity*, al Derecho canónico y al Derecho mercantil, a saber: el *Doctor and Student* de St. Germain, 1523-1528, el *Provinciale de Lyndwood*. 1430, y la *Lex Mercatoria* de Malynes, 1622, y dos destacan en el Derecho penal: Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, 1716, y Foster, *Crown Cases y Crown Law*

3. De lo expuesto queda en claro, pues, que la *Introduzione* del Profesor Criscuoli es bastante más seria y profunda que una simple introducción al estudio del Derecho inglés. Sería por estar muy bien documentada y profunda por exponer con un sentido crítico muy aguzado los aspectos más sobresalientes de los temas que toca; además, contiene referencias oportunas a los Derechos ajenos al *common law system*, manteniendo un diálogo vivo con el Derecho inglés. La lectura

(abreviado), 1762. Pero no todos los autores anteriores a 1765 gozan de igual prestigio; por ejemplo Sir Francis Bacon, que dedicó al Derecho obras como *Maxims of the Law*, 1596, *Readings on the Statute of Uses*, 1600, y *Legal Aphorisms*, 1623, o el importante internacionalista R. Zouche, que escribió *Elementa Jurisprudentiae*, 1629, no se mencionan en el caso antes citado. Por el contrario, los más importantes autores de *books of authority* son Glanvill, Bracton, Fortescue, Littleton, Fitzherbert, Coke, lo mismo que Selden, Hale y Blackstone; mientras los primeros son civilistas y destacados redactores de *reports* jurisprudenciales, los últimos son historiadores del Derecho inglés, que, por la especial naturaleza de éste, desempeñan también la función de fuente normativa. El primero de estos libros es *The Tractatus de Legibus et cosuetudinibus Regni Angliae* escrito por Glanvill entre 1187 y 1189; expone y comenta las acciones civiles y penales a base de un método analítico que le permite identificar las reglas fijadas en los casos, lo mismo que se aprecia un cierto conocimiento del Derecho romano. Más palpable es esto último en la obra de Bracton, *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, propablemente el más romanista de los autores ingleses; se trata de un libro extenso, dividido en dos partes: hay en la primera una exposición sistemática de los principios generales del Derecho inglés, ordenados, significativamente, en relación con las personas, las cosas, las obligaciones y las acciones, mientras que la segunda no es más que un amplio repertorio de casos. Escrita esta obra entre 1250 y 1256, contemporánea, por tanto, de nuestras *Partidas*, en 1290 y 1292 aparecen dos epítomes conocidos como *Fleta* y *Britton*. El político y filósofo Fortescue escribió luego *De laudibus*, en 1470, en forma de diálogo, sobre los conceptos fundamentales del *common law*, con abundantes referencias al Derecho comparado. Sobre el complejo tema de los derechos reales, expuesto de forma lógica y sintética, y sin omitir oportunas referencias al Derecho romano, Littleton publicó el mismo año de su muerte, en 1481, un *Treatise on Tenures*, obra única sobre la materia hasta el siglo pasado. En 1534, Fitzherbert, que había publicado antes el llamado *Graunde Abridgement* sobre casos resumidos o abreviados, escribió una obra titulada *Natura Brevium* y conocida como *New Natura Brevium*, de especial relevancia para la historia de los *torts*, señaladamente en los supuestos de *trespass* y de *case*. En fin, el autor de más fama y prestigio es seguramente Coke, destacado juez, político, jurista y abogado. Autor de los once tomos de *The Reports*, como sabemos, escribió en 1614 un pequeño volumen de Derecho procesal, el *Book of Entries*, y la obra más completa y refinada de la doctrina inglesa, las *Institutes of the Laws of England*, que, dividida en cuatro partes, se publicó la primera en 1628 y las otras tres en 1642-1644. La primera consiste en una actualización comentada y crítica de la obra de Littleton sobre los derechos reales, mientras que las demás versan sobre Derecho constitucional, Derecho penal y Derecho procesal e historia de los tribunales. Aunque esta obra se ha considerado el *thesaurus of English Law*, recuerda el Profesor Criscuoli que adolece del defecto de despreciar la doctrina de la *equity*, probablemente más por razones políticas que técnicas. Con todo, su autoridad ha perdurado hasta nuestros días, como lo pone de relieve el caso *Reid v. Police Commissioner of the Metropolis* de 1973, en el que se cita a Coke para interpretar el alcance de un mercado abierto al público, problema del que se ocupó el autor en 1596. Mencionemos, por último, los más importantes *books of authority* escritos por historiadores. Se trata de las obras de Selden, *Jani Facies Altera (Janus Anglorum)*, 1610, *History of Tithes*, 1618, *Table Talk*, 1618, y *Mare Clausum* publicada en 1635, además de la reedición del *Fleta*; Hale, *History of the Common Law*, 1713-

de este libro no sólo es aconsejable a los juristas preocupados de las cuestiones metodológicas, sino a todos aquellos que estén interesados en iniciarse en el estudio del Derecho inglés por razones tanto de índole dogmática como profesional.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,
Profesor Adjunto de Derecho civil

1716, e *History of the Pleas of the Crown*, publicada póstuma en 1736, obra básica de Derecho penal; y, en fin, Blackstone, el conocido jurista, juez y profesor universitario, no ajeno a la arquitectura y a la literatura, autor de los *Commentaries on the Law of England*, 1.^a ed. 1765 y 8.^a por el autor en 1778. El libro está dividido conforme al esquema de las *Institutiones* de Gayo, pues trata, en cuatro partes, los *Rights of Persons*, *Rights of Things*, *Private Wrongs* y los *Public Wrongs*; en efecto, el primer libro está referido a la persona, a la familia y comprende numerosos aspectos del Derecho de sociedades, mientras el segundo, a los derechos reales y a la sucesión por causa de muerte, y los dos últimos, respectivamente, al Derecho de daños y procedimiento civil y a los actos ilícitos de orden público y al procedimiento penal. Falta en la obra, sin embargo, un estudio del Derecho de obligaciones y contratos y una exposición completa de la *equity*, lo que se debe, probablemente, al origen ocasional de la misma. Con todo, hay que resaltar que se trata de la más moderna y amplia obra sistemática del Derecho inglés, que intenta subrayar las conexiones internas que existen entre las diversas partes del mismo al par que poner de manifiesto el fundamento lógico y la evolución de cada principio o regla en particular. Con razón, el prestigio de esta obra es sólo comparable, dentro de Inglaterra, con la obra de Coke y, al margen de la literatura jurídica inglesa, con el *System* de Savigny. Significativo en este sentido es que Blackstone haya sido el único, de todos los autores que hemos mencionado, que era profesor universitario, titular de la Cátedra Viner de la Universidad de Oxford, la primera dedicada al estudio del Derecho inglés; la segunda es la Cátedra Downing de la Universidad de Cambridge, que comenzó a funcionar en 1800. Precisamente Blackstone promovió el estudio universitario del Derecho y obtuvo el privilegio para los Licenciados de estas dos Universidades de reducir, de cinco a tres, los años de la pasantía en los Colegios de Abogados, la que habilitaba para el ejercicio de la profesión.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALBALADEJO, Manuel: «Curso de Derecho civil, tomo IV, Derecho de familia». Librería Bosch. Barcelona, 1982, 319 págs.

Quienes en los últimos años han tenido a su cargo la explicación de cursos universitarios sobre Derecho de familia, conocen por experiencia las graves dificultades que ello implicaba, no sólo en el *qué* se explicaba (¿el derecho entonces en vigor? ¿los proyectos de reforma?...), sino el *cómo* hacerlo. Ahora, promulgadas las leyes de 13 mayo y 7 julio 1981, se ha resuelto una de las incógnitas, pero faltan todavía las necesarias exposiciones generales que desarrollen sistemáticamente la nueva regulación. Uno de los primeros expositores en satisfacer esta auténtica necesidad universitaria ha sido el profesor Albaladejo.

Conocidas son las cualidades que adornan el *Derecho civil* de este autor, que está logrando una buena difusión en las Facultades españolas; de alguna de ellas (puntual cita de la jurisprudencia) no ha podido hacer uso en este tomo por la obvia razón de que todavía no ha habido tiempo a que se pronuncien los Tribunales y por los obstáculos que la reforma pone al recurso de casación. Por lo demás debe señalarse el logrado propósito de centrarse en lo esencial, eliminando cuestiones accesorias y toda referencia a aspectos filosóficos o comparativos, así como las indicaciones bibliográficas (lo que aquí puede justificarse por la novedad de la regulación). La materia se articula en cinco grandes apartados, de desigual extensión: el primero (dedicado a la familia) y el último (referente a la tutela) son los más breves, y los tres intermedios, de similar extensión, tratan del matrimonio, de sus efectos y de la economía del matrimonio y de la filiación.

Lo anterior no impide que afloren en la obra muestras de las inequívocas convicciones del autor; así cuando escribe (p. 31) que «el matrimonio no es una creación del Derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por la ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquélla regula. Aparte de su importancia jurídica, el matrimonio la tiene, y mayor, religiosa, social y política»; o cuando se pronuncia sobre la familia natural (en vez de «familia no matrimonial»); en otro orden de cosas, cuando trata del deber de alimentos y de la obligación de trabajar, de la monogamia como cualidad del matrimonio, de la sanidad del juicio como requisito esencial del mismo, de la forma esencial del matrimonio, del régimen matrimonial primario o de la naturaleza de la sociedad de gananciales, entre otras cuestiones en las que no vacila en pronunciarse.

Pero las graves deficiencias técnicas de las leyes de reforma están poniendo a prueba las construcciones dogmáticas más rigurosas, con el consiguiente riesgo de desorientación doctrinal que puede contagiarse a los encargados de aplicarlas. Pues bien, el profesor Albaladejo se manifiesta de modo inequívoco sobre los puntos cruciales de nuestro nuevo Derecho de familia y, lo que resulta muy de agradecer, lo hace ofreciendo una exhaustiva argumentación.

El sistema matrimonial.—En la enconada polémica acerca de si la Ley de 7 julio 1981 ha introducido el llamado sistema protestante, o escandinavo, de matrimonio civil con pluralidad de formas de expresión del consentimiento, o si se mantiene el llamado sistema latino, aunque sea con importantes «recortes», el autor establece una distinción. En primer lugar, el antiguo matrimonio canónico no es ahora para el Estado un matrimonio civil, con la simple especialidad de que se contraiga ante el párroco, en vez de ante el funcionario estatal, sino que sigue siendo un verdadero matrimonio canónico, regido por las reglas del Derecho de la Iglesia católica, celebrado ante un ministro de ésta, matrimonio al que el Estado le concede efectos civiles si cumple y mientras cumpla los requisitos a que el Derecho del Estado condiciona tal atribución. En segundo lugar, el nuevo matrimonio religioso no católico no es sino un matrimonio civil en el que el consentimiento matrimonial se permite que se preste, no en la forma de matrimonio civil ordinario, sino ante la persona que establezca la confesión religiosa de que se trate. Diferencia de trato que no da lugar a una discriminación por razón de religión, sino simple diferencia justificada (p. 58).

Una síntesis de su argumentación es la siguiente: 1.º Era lo tradicional y debe seguir, salvo declaración legal inequívoca en contra, que no existe. 2.º Es contrario al espíritu de la Constitución obligar a los ciudadanos a contraer matrimonio necesariamente civil. 3.º El C. c. y los Acuerdos siguen hablando de *matrimonio canónico*. 4.º El significado histórico de las palabras *celebración* y *forma*. 5.º La diferente fórmula del art. 60 en relación con el 59. 6.º La reforma ha tenido que ser cumplimiento de los Acuerdos con la Santa Sede. 7.º El criterio de interpretación sistemática como resultado de integrar los Acuerdos en el ordenamiento jurídico español. 8.º De otra forma el art. 80 C. c. resultaría ininteligible. 9.º El Estado no admite que el matrimonio civil pueda quedar disuelto por motivos canónicos, y 10. Porque eventualmente el Estado permite que los cónyuges puedan acudir a los Tribunales eclesiásticos para litigar sobre la nulidad.

El tema de la *eficacia civil de las sentencias de nulidad* dictadas por los Tribunales eclesiásticos y de las dispensas *super ratum* fue deficientemente regulado en el artículo VI del Acuerdo de 1979, y las deficiencias no han sido subsanadas, antes bien agravadas, por el art. 80 C. c. y disp. adicional 2.ª de la Ley de 7 julio 1981. Es cierto que el «ajuste al derecho del Estado» admite variedad de interpretaciones, que no ha aclarado la referencia al art. 954 LEC. Sostener que sólo hay ajuste en el caso de total coincidencia entre el Derecho aplicado por el Tribunal eclesiástico y el Derecho estatal, supone la práctica ineficacia de lo acordado. Albaladejo se inclina a que el reconocimiento de efectos civiles sea la norma general, y la falta de

ajuste únicamente se dé en casos muy concretos y determinados y, además, poco frecuentes (disolución por declaración de fallecimiento cuando reaparece el presunto muerto; algunos casos de nulidad por defecto de forma; matrimonio condicionado, aparte obviamente de la bigamia puramente civil). Su argumentación es de orden práctico: evitar la necesidad de dos pleitos, uno canónico y otro civil (p. 112).

Otras muchas opiniones del autor merecerían destacarse (por ejemplo, a propósito del divorcio en general, y del por mutuo consentimiento, páginas 82 s.), lo que no procede para no alargar esta recensión.

Mérito, y no pequeño, es el haber reducido la exposición del Derecho de familia a poco más de 300 páginas, si bien queda la duda de si en tan reducida dimensión es posible ofrecer a los alumnos de nuestras Facultades de Derecho una visión sustancial de los principios fundamentales del nuevo *Ius Familiae*, así como de sus principales instituciones.

Aunque personalmente discrepo de algunos puntos concretos —en lo que no puedo entrar aquí—, he de felicitarle por su prontitud en ofrecer a docentes y discentes un útil instrumento de trabajo, así como por su valentía en no ocultar o enmascarar sus opiniones en la fría asepsia científica.

G. GARCÍA CANTERO,
Catedrático de Derecho Civil

«Anuario de Derecho Marítimo». Director: Profesor Ignacio Arroyo. Volumen I. XXVII + 1084 páginas. Editorial Karpos, S. A., Madrid, 1981.

La aparición de este primer número del Anuario de Derecho Marítimo constituye un especial motivo de satisfacción para todos los cultivadores del Derecho y de agradecimiento a su director, el profesor Ignacio Arroyo, catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona. Frente a la figura de una dirección formal o de una dirección meramente coordinadora, el profesor Arroyo ha asumido la pesada carga y la responsabilidad de concebir personalmente el proyecto de esta publicación, llevándolo después a cabo; no sólo dirigiendo, sino también contribuyendo él mismo a la redacción de muchas de las partes de este volumen. En su presentación el profesor Arroyo escribe: «No creo arriesgado advertir que la lectura del índice dispensa cualquier explicación detallada del contenido. El lector podrá juzgar, en todo caso, si se han regateado esfuerzos.» En efecto, la ingente cantidad de materiales y de trabajos científicos que se presentan al lector y la calidad y actualidad de los mismos son prueba irrefutable de ese esfuerzo personalísimo del profesor Arroyo.

El volumen aparece dividido en diez partes (doctrina, varia, panorama del Derecho Comparado, organismos relacionados con el tráfico marítimo, legislación y crónica parlamentaria, jurisprudencia, crónicas y noticias, documentación, bibliografía, índices), todas ellas de excelente contenido, suficientes para tener al día a cualquier persona interesada por el Derecho

y el mar. En sus mil y pico páginas colaboran numerosos estudiosos de la materia, desde los más diversos ángulos que la misma ofrece; entre esos estudiosos se encuentran muchos de los más prestigiosos, tanto nacionales como extranjeros.

Los artículos doctrinales correspondientes a la primera parte constituyen una excelente introducción sobre la problemática actual de las relaciones jurídicas referentes al mar. Contienen una panorámica general de dicha problemática, así como el tratamiento de algunos de los temas de mayor importancia. Tampoco falta la visión específicamente historicista, imprescindible en el estudio completo de cualquier parcela del Derecho. Los títulos y los autores son los siguientes: El Derecho Marítimo (Ignacio Arroyo), La evolución del Derecho del mar y del Derecho marítimo (Emmanuel du Pontavice), La legislación histórica barcelonesa de seguros marítimos en su proyección italiana (Manuel J. Peláez), la avería gruesa en relación con el proceso evolutivo de la responsabilidad del porteador marítimo (Aníbal Sánchez Andrés), Pabellón del buque y responsabilidad del Estado (Nacionalidad del buque y nacionalidad del Estado) (Nagendra Singh).

La segunda parte es también de carácter doctrinal por lo que se refiere a la mayor parte de los trabajos que la componen, muchos de ellos de primer orden, tanto por su contenido como por la calidad de sus autores. Sin duda son criterios de oportunidad los que habrán determinado la inclusión de algunos de estos artículos en esta sección en vez de la primera. Quizá hay en ellos una mayor aproximación al problema concreto, especialmente útil para el abogado o para el ejercicio profesional del Derecho. Los títulos y autores son los siguientes: La reforma del Estado y de la Administración pública en materia de navegación marítima (Francisco Vicent Chulia), Problemas de legitimación en la acción de resarcimiento por averías y faltas en el transporte marítimo (José María Ruiz Soroa), El seguro de Protección e Indemnización en España. Especial referencia a las nuevas coberturas de fletadores y flete, demora y defensa (María Concepción Hill), La limitación de la responsabilidad en el contrato de transporte de mercaderías por agua en el Derecho argentino (Luis Beltrán Montiel), La prescripción de la acción de contribución de averías en Derecho español (Santiago Zabaleta Sarasua), Notas procesales a la constitución y distribución del fondo único, regulado en el Convenio Internacional de 10 de octubre de 1975 sobre «Limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar» (Valentín Cortés Domínguez), Consideraciones en torno a la posición del acreedor hipotecario en el seguro del buque (Juan Hernández Martí), El fletador-porteador de los artículos 2 y 3 de la Ley española de 22 de diciembre de 1949 sobre Transporte Marítimo de Mercancías (José Luis Rodríguez Carrión), España ante la ratificación del Código de conducta para las conferencias de fletes de la UNCTAD (Javier Pinacho Bolaño-Rivadeneira), La tipicidad del riesgo en el seguro marítimo (Emilia Martha Krom), Normas internacionales relativas a la contaminación causada por la exploración y explotación de los fondos marinos (José Antonio de Yturriaga Barberán), La pesca española ante el actual proceso de revisión

del Derecho del mar (con especial referencia a la problemática de nuestra flota del Sur) (José Juste Ruiz).

La tercera parte o sección ofrece, bajo el título de Panorama del Derecho Comparado, un conjunto de artículos sobre la situación actual del Derecho marítimo, con especial referencia a los años 1979-1980, en diversos países. El interés de estos trabajos reside no sólo en la categoría de sus autores, sino también en la diversidad e importancia para la materia (en algunos casos) de los países que se contemplan: Argentina (José D. Ray), Canadá (William Tetley), Colombia (Guillermo Sarmiento Rodríguez), Dinamarca (Stig Jorgensen), España (Ignacio Arroyo), Estados Unidos (Nicholas J. Healy), Francia (Jean Warot), Gran Bretaña (F. J. J. Cadwallader), Grecia (Jean G. Schinas), Holanda (Henri Schadee), Italia (Gustavo Romanelli), Méjico (Ramón Esquivel A.), Noruega (Karl Gombrii), Perú (Ricardo Vigil Toledo), Polonia (Jan Lopuski), Portugal (Vasco de Taborda-Ferreira), República Democrática Alemana (Dolly Richter-Hannes), República Federal Alemana (Rolf Herber), Venezuela (Luis Cova Arria).

La parte sexta del Anuario, dedicada a la Jurisprudencia, se sitúa también a caballo entre la labor informativa y la elaboración científica. A cargo de esta sección se encuentra José María Alcántara, quien no se ha limitado a dar un elenco de sentencias y resoluciones, sino que ha realizado una labor de clarificación y sistematización útil para el lector, proporcionando un resumen de los hechos, que permite valorar el fallo, y destacando la doctrina y los preceptos correspondientes a cada caso. Por otra parte, el material que se presenta es extenso y variado, ya que abarca, en relación con los años 1979 y 1980, las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, las resoluciones del Tribunal Marítimo Central en materia de asistencia, salvamento y remolque, así como sentencias y laudos arbitrales extranjeros. No se ha renunciado a una labor tan sustanciosa, aunque ingrata, como es la de comentar doctrinalmente la jurisprudencia. Ciertamente se hace únicamente con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio 1980, sobre la aplicación de la Ley de 1949 y la desviación de ruta (comentario de José Luis Goñi), pero ello implica un propósito claro de cara a sucesivos volúmenes.

Las demás secciones del volumen son decididamente de carácter informativo en su mayor parte. En ellos se suministra un material actualizado de primer orden. La sección cuarta recoge la actividad de los organismos relacionados con el tráfico marítimo, tanto internacionales como nacionales: Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación Internacional del Derecho Mercantil, Organización Internacional Gubernamental Marítima, Organización Mundial del Trabajo, Comunidad Económica Europea, Comité Marítimo Internacional, Conferencia Internacional del Báltico, Cámara de Comercio Internacional, Federación Internacional de Navegación, Asociación Internacional de Propietarios Independientes de Buques Tanques, Asociación Española de Derecho Marítimo, Asociación Española de Liquidadores de Averías, Consejo Superior de Usuarios del Transporte. Complementa esta sección, la octava, dedicada a documentación: Convenio de las Naciones Unidas sobre el trans-

porte multimodal internacional de mercancías (24 mayo 1980), Protocolo de Bruselas de 21 de diciembre de 1979, por el que se modifica el Convenio internacional de limitación de responsabilidad de propietarios de buques de 10 de octubre de 1957, Protocolo de Bruselas de 21 de diciembre de 1979 por el que se modifica el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de 25 de agosto de 1924, tal y como se modificó por el protocolo adicional de 23 de febrero de 1968, Anteproyecto de Ley española de seguro marítimo, Borrador del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Marina Mercante, Contrato de salvamento-tipo aprobado por el Lloyd's de Londres (revisión 1980).

La parte quinta, de Legislación y crónica parlamentaria, no se limita a una escueta información, sino que introduce también comentarios doctrinales. Contiene lo siguiente: Reseña de la legislación nacional de interés marítimo (1979-1980) (Luis Javier Cortés Domínguez), Comentario de las disposiciones tributarias con incidencia en el tráfico marítimo promulgadas durante 1979 y 1980 (Juan Martín Queralt), Información parlamentaria sobre Derecho marítimo (1979-1980) (José F. Merino Merchán), Práctica española de Derecho internacional marítimo (1980) (Cesáreo Gutiérrez Espada y Alfonso Luis Calvo Caravaca).

La sección séptima, Crónicas y noticias, contiene sesenta y siete pequeños apartados con las informaciones más diversas, desde una referencia a la vigilancia del golfo de Méjico por radar computadorizado hasta los nuevos miembros del Comité Marítimo Internacional, pasando por ratificaciones de convenios internacionales, seminarios de Derecho marítimo, pólizas de fletamento... Quizá sería deseable una ordenación por subapartados de estas crónicas y noticias tan variopintas y abundantes.

No falta una sección bibliográfica, la novena, con recensiones, noticias y lista de títulos recibidos de libros. Contiene también una reseña de títulos publicados en las principales revistas relacionadas con esta parte del Derecho. Una sección final de índices, de buques, de casos y de sentencias citados, facilita el manejo del volumen.

El extenso sumario plasma fielmente el planteamiento de la publicación, al que hace referencia su director en las páginas que dedica al comienzo a la presentación del Anuario. Se pretende superar la parcelación, un tanto artificiosa, entre el Derecho comercial marítimo y el Derecho internacional del mar. También se renuncia a que el Anuario suponga reivindicar una rama jurídica autónoma, con categoría de Derecho especial, tal y como se ha pretendido con el Derecho de la navegación. La concepción que anima a la Dirección del Anuario es de carácter interdisciplinar, alejada de las rígidas separaciones, hoy en trance de superación, entre el Derecho público y el Derecho privado, entre el Derecho interno y el Derecho internacional. Para ello se revela como materia especialmente adecuada la que se pretende abarcar: el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan en o con el mar. Corresponde pues su campo a lo que hoy en día se ha venido a llamar Derecho marino. La opción por la denominación de Anuario de Derecho Marítimo responde a un respeto historicista, unido a una vocación internacionalista, inseparable del pasado y del presente de esta parcela del Derecho.

Al acierto de semejante planteamiento hay que añadir la oportunidad de la publicación que, con su aparición, marca un primer paso para cubrir las graves carencias existentes en el estudio de esta materia. En efecto, es grande el contraste existente entre su importancia actual, especialmente para un país como España, de geografía peninsular, y el grado de desatención en que se encuentra: carente de una ubicación adecuada en los estudios universitarios, así como de unas mínimas publicaciones especializadas. Y ello —repito— en un país con importantes intereses económicos en el mar, coincidiendo con un momento de transformación acelerada del tratamiento jurídico de los problemas del mar como consecuencia de los nuevos planteamientos científicos, tecnológicos y económicos: cuando el mar ha dejado de ser una superficie y ha pasado a ser un volumen objeto de todo tipo de explotaciones, cuando, como consecuencia de ello, se plantean problemas de soberanía en relación con el reparto de esas explotaciones y se pone en cuestión el principio de libertad de navegación, cuando se tiende a una recomposición del equilibrio de intereses entre las empresas navieras (de los países desarrollados) y los países subdesarrollados, cuando el buque ha dejado de ser el eje central del sistema, al aparecer toda una serie de nuevos elementos para la utilización de los recursos del mar, como plataformas de perforación, oleoductos submarinos, islas artificiales, aerodeslizadores, museos, fábricas y hoteles flotantes, cuando muchos de estos temas se debaten directa o indirectamente desde 1973 en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar. El cauce que en semejantes circunstancias se abre con este Anuario de Derecho marítimo es por ello de inestimable valor, desaparecida ya en 1968 la Revista Española de Derecho Marítimo, de tan efímera andadura, a pesar de los esfuerzos de sus patrocinadores.

La calidad del primer volumen del Anuario de Derecho Marítimo, junto con las razones de oportunidad a las que me he referido, supone un compromiso grande para su director y colaboradores a la hora de mantener el nivel alcanzado en sucesivos volúmenes. La continuidad del Anuario de Derecho Marítimo constituye también un reto para el mundo jurídico español, que queda también comprometido a dar una respuesta adecuada. Sólo así podrá prosperar el Anuario y yo deseo muy sinceramente y espero que así sea.

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

FERNANDEZ FERNANDEZ, Antonio: «El precio como elemento comercial en la "emptio venditio" romana». Madrid, 1982. Departamento de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid. Un volumen de 71 págs.

Este interesante y documentado estudio del profesor romanista Antonio Fernández, a propósito de la figura de la «emptio-venditio», en Roma, por una parte, nos muestra el panorama general de su economía monetaria y, por otra, aborda las consecuencias jurídicas concretas en esta particular figura.

La obra, dividida en tres amplios capítulos, trata en el primero de la economía monetaria romana desde sus orígenes, describe su desarrollo amplio y evolucionado, en el cual tiene su origen la permuta, ese negocio jurídico de intercambio de bienes más elemental y simple a fin de que las personas puedan optar por otras variedades de cosas de las que uno mismo tiene o produce. Desde que se elige una misma mercancía como intermediaria en las transacciones, en cuanto unidad de valor, se dará paso a la idea de moneda o concepto de dinero. De este modo, la moneda, en cuanto instrumento de medida de valores económicos equivalentes, se materializa en los «*aedes rude*» (*metallum infetum raudusculum*), y posteriormente, como «*aes signatum*», o sea, que resultan garantizados por el poder público respecto a la pureza del metal y la consignación de su ley. En este primer capítulo se concluye, pues, como en Roma se advierte ya un sentido moderno de la moneda (*pecunia numerata*), donde el *pretium* es presentado como el elemento diferenciador entre el hecho genérico de la permuta y la *emptio-venditio*; por eso, la permuta no es una idea basada en el *creditum*, ya que la *pecunia* no cumple la función de medio de cambio.

En el capítulo segundo se aborda la *numeratio* y el tráfico jurídico para concretar que en la *emptio-venditio*, la idea monetaria de *pretium* en cuanto cantidad contada en moneda con un valor público de cambio, tiene un sentido de contravalor respecto de la *mex empti* y obedece a un acuerdo previo entre los contratantes. Ahora bien, originariamente, *pretium* no aludía a moneda o dinero, sino que significaba equilibrio, es decir, contraprestación, por lo que resultaba como el contravalor o equivalencia en el sentido de equilibrio económico para acabar adquiriendo el significado de contravalor en dinero, de estimación pecuniaria de una cosa.

El capítulo tercero comprende el tratamiento de este aspecto económico para el *ius gentium* y el *convenire de pretio*. La consideración de la *emptio venditio*, como *contratus iuris gentium*, se pone de relieve en la compilación justinianea y, a juicio del autor, acaso la característica fundamental de la compraventa en la época clásica sea el *convenire de pretio*, porque, evidentemente, el *consensus* apunta al *convenire de pretio*; la noción de *pretium*, en cuanto contraprestación respecto a la *merx (empta)*, lleva en sí el sentido económico mismo del mercado, por lo que la *obligatio* queda contraída cuando existe acuerdo respecto al precio como cantidad; el hecho de haber convenido el precio es lo que perfecciona la venta.

Este valioso estudio es de gran utilidad para los civilistas actuales en materia de precio en la contratación, sobre todo ante las cuestiones que las alteraciones monetarias plantean con relación al precio justo o falta de equidad. La obra se concluye con una selecta bibliografía sobre el tema y se le añade un completo índice de fuentes literarias y jurídicas romanas.

GOMEZ PEREZ, R.: «Deontología jurídica». Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1982.

No hace mucho traje a estas páginas un libro que guarda semejanza con el que ahora me brindan para recensionar. Me refiero al de José María Martínez Val, «Abogacía y Abogados» que, en sus últimos subepígrafes, tocaba el inevitable tema de la «Deontología jurídica». Con ello me encuentro un poco más fluido para abordar el tema. Iba a decir que más apasionado y realmente apasionado lo he estado siempre, pues aunque las normas de conducta dentro del ejercicio de una profesión parece que emanan de esos conocimientos del Derecho adquiridos, es indudable que conforta verlas reflejados y sentir la vanidad de haberlas cumplido lo más aproximadamente a la formulación aséptica que el principio exige.

Creo que ha sido en la actualidad el ministro vigente de Educación, Enseñanza o Universidades —con su discutida Ley de Universidades— el que ha puesto en circulación la palabra «parámetro» y simultáneamente otro ex ministro, al apartarse del sector mayoritario del partido dominante, puso otra palabreja en rodaje masivo: la bisagra. Yo creo que ambas, antes de que ellas se apoderen los entrevistadores, periodistas y pueblo en general, nos pueden servir para encuadrar la publicación que recensionamos: el eje, la bisagra, sobre la cual debe girar lo jurídico es la moral profesional y la moral profesional es el parámetro o cantidad constante que entra en la ecuación de la curva jurídica.

El autor, Rafael Gómez Pérez, es doctor en Derecho y en Filosofía y tiene en su haber una veintena de publicaciones sobre temas que rozan la materia de que aquí se trata. La contraportada del libro dice que en él se encuentran una serie de respuestas a los interrogantes que suponen la actitud del jurista ante una ley injusta, cual será la aportación personal al bien común y el problema de la intervención de ciertas actividades jurídicas en la vida política con la asepsia que exige el principio de imparcialidad. En mi larga lista de conferencias pronunciadas creo recordar que había planteado el tema de lo jurídico relacionándolo con lo registral, lo fiscal y lo urbanístico. Hacía una cita hasta del «Mercader de Venecia» y el cumplimiento exacto de una sentencia justa en cumplimiento de un contrato leonino.

Cuando los cimientos de ciertos principios han comenzado a removerse y el materialismo pone interrogantes, dudas e interpretaciones ciertamente ingenieras hay que reaccionar. Bueno es el libro que cambia el color verde del semáforo por el rojo de la prohibición y este libro habla de moralidad, de ética y de conciencia, reservadas para todos aquellos que hacen de su profesión un credo y de su honestidad una disciplina. Estamos en un campo serio y digno que nada tiene que ver con esos movimientos pendulares políticos. Aquí lo jurídico está al servicio de lo justo y eso debe entenderse aplicable a cualquiera de nuestros campos sociales.

El libro monográfico tiene tres partes, una introducción y un epílogo. Va precedido de un sumario y le sigue una lista bibliográfica de obras utilizadas. Siguiendo estas divisiones, distinguimos:

A) *Primera parte.*—Debió ser un momento tremendo aquel en el que Moisés recibe las Tablas de la Ley. Esta primera parte del libro se asemeja en la recepción subjetiva al momento citado: hablar de moralidad y fijar su esencia (la norma próxima, inmediata, de moralidad es la conciencia personal), señalar lo que debemos entender por ley, por ley eterna, por ley moral, por ley divino-positiva y ley civil, precisar la naturaleza de la conciencia, determinar la moralidad de un acto, las condiciones y condicionamientos de los actos humanos y paralizar dogmáticamente la noción de la cooperación al mal, son temas que elevan, dignifican y hacen sentirse superiores. Dentro de mi lado católico cabría decir que hacen realidad aquello de que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza... acercan a Dios.

Me gustaría penetrar en cada uno de los conceptos que se manejan, ya que de ellos irían saliendo a borbotones infinidad de casos y dudas, de comparaciones y semejanzas, que así quedarán sólo en el pensamiento. Sólo destaco el tema de la ley civil injusta y recuerdo alguna de mis citas sobre «Lo legal y lo justo» de Navarro Reig y el «Derecho injusto y Derecho nulo» de los grandes juristas alemanes Radbruch, Schmidt y Welzel, que pusieron dudas en mi conciencia de jurista, como las pone el autor ahora recensio-nado con su tema del aborto. Matar es ir en contra de la Naturaleza, pero matar a quien no puede defenderse es, además, una cobardía.

B) *Segunda parte.*—Dos temas generales se enfocan en este segundo apartado del libro: el derecho y la moral y la naturaleza del proceso. Y con ellos, dándoles escolta, los puntos claves que inciden en sus conceptos, como son la naturaleza humana y el derecho, la existencia del derecho natural, el derecho positivo, legalidad y moralidad y el eterno retorno al derecho natural. Estos puntos que vienen a demostrar la íntima conexión que el derecho tiene con la cultura, se cierran con el tema de la naturaleza del proceso como pórtico para enmarcar las profesiones de Jueces y Fiscales, así como las de Abogados y Notarios.

C) *Tercera parte.*—Cuatro profesiones elige el autor para hacer penetrar en ellas la deontología jurídica o para destacar la deontología que cada una tiene: función judicial, fiscal, notarial y de abogado. Aunque en un paréntesis de la exposición dice que la labor notarial es semejante a la de los Registradores de la Propiedad, yo en esto tengo que discrepar con el autor. No. El Juez, el Abogado, el Notario manejan unos hechos de la realidad y sobre los mismos juzgan, deciden y autorizan. Esos hechos envasados en un documento se someten a un juicio jurídico, sin que en ese juicio la realidad extrarregistral pueda tener ninguna influencia. Cualidades y condiciones es claro que pueden aplicarse en general, pero a la hora de la decisión la mediatización de medios circunscribe principios y actuaciones. El panorama deontológico que desarrolla es altamente sugestivo enfrentando al Juez con sus deberes, con su trascendencia ética, con su sentencia y con su actitud ante una ley injusta. La figura del fiscal la proyecta en el ámbito del proceso penal y la del Notario en su doble proyección de funcionario público y profesional del Derecho. Por último, la figura del Abogado, en su triple dimensión de las relaciones con el cliente, los medios de defensa y las normas de decoro profesional. Termina planteando la problemática del

Abogado ante la ley injusta y esa serie de cuestiones que suscitan los derechos del reo, el beneficio de pobreza, las relaciones entre colegas, la reserva y el secreto profesional, los usos, los abusos, las corruptelas y las cuestiones fiscales. Es, utilizando una terminología «ignaciana», como una especie de ejercicios espirituales para el que leyere y se encontrase encuadrado en los esquemas que el autor delimita.

En la introducción el autor brevemente se detiene en el concepto de la moral, lo amoral y lo inmoral. Su lema creo que puede resumirse diciendo: la moral profesional no es algo distinto de la moral sin más. En el epílogo va recogiendo las directrices que el magisterio de la Iglesia ha marcado en temas generales, en deberes, también generales, de los juristas, de los jueces, de los Notarios y de los Abogados. Entiendo, en suma, que es un libro aleccionador, de obligada lectura por aquellos que transitamos por las calzadas jurídicas atiborradas de leyes y disposiciones normativas y sometidos al principio de la legalidad, y que es una pena que no existan libros semejantes para fijar la deontología de otras profesiones, oficios y tendencias, concretamente aquellas que pastorean al pueblo en su proyección política.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Derecho de familia» (conforme a las Leyes de 31 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, Bosch, fascículos 1.º y 2.º, 1982 (formando parte de «Elementos de Derecho civil», IV). En total, 496 págs.

I. Entre los libros que están apareciendo sobre el nuevo Derecho de familia español, tal como ha quedado regulado por las Leyes de Reforma de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 (pendiente aún, cuando escribimos estas líneas, de una tercera Ley de reforma de la tutela), destaca por sus características sobresalientes el de los Catedráticos Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, que motiva estos comentarios. El profesor Lacruz está considerado actualmente como el primer especialista en España del Derecho de familia, sin que ello le impida, dada su profunda formación y su gran dinamismo investigador, ocupar también un papel muy relevante en las otras ramas de civil, especialmente en el Derecho de sucesiones y en el Inmobiliario Registral. Es también de gran interés la Introducción al Derecho, que figura en su *Manual* de 1980. De igual modo es también muy conocida la gran personalidad del profesor Sancho Rebullida.

II. Los profesores Lacruz y Sancho publicaron ya una obra fundamental en esta materia, el *Derecho de familia (El matrimonio y su economía)*, de 1963, y, posteriormente, dentro de los «Elementos de Derecho civil», de Lacruz, el *Derecho de familia*, en dos volúmenes, que alcanzó su 3.ª edición en 1978. Ahora los autores no han podido continuar con una 4.ª edición de este libro, por la profunda reforma que las Leyes antes citadas han introducido en el Derecho familiar español. Lo que han hecho es un nuevo

Derecho de familia que, aunque ocupa el mismo lugar que el anterior libro, dentro de los citados «Elementos», es realmente una obra totalmente nueva.

III. De esta obra han aparecido, hasta la fecha en que se escribe esta recensión, los dos primeros fascículos, que comprenden la parte general (familia y Derecho de familia), el matrimonio, la economía de la sociedad conyugal y los diversos regímenes matrimoniales, hasta el de participación. Se espera que los fascículos restantes aparezcan seguidamente. La obra reúne unas características muy valiosas de sistematización, claridad, selección de la doctrina y la bibliografía (tanto española como italiana, francesa y alemana) y, sobre todo, de integración, a través de un juicio personal propio, de los problemas de nuestro Derecho positivo, cualidades que ya poseía el anterior *Derecho de familia* de 1978. No obstante, la nueva obra, aparte de versar sobre la nueva regulación legal, resulta notablemente ampliada con respecto al texto precedente.

IV. Dentro de esta obra que comentamos, la parte general (excepto los §§ 7 y 8, que tienen una autoría mixta), el Derecho económico conyugal y el § 16, «Efectos del matrimonio. Las relaciones personales entre los cónyuges», han sido escritos por el profesor Lacruz. Los restantes temas, sobre «Matrimonio», corresponden al profesor Sancho Rebullida.

V. La parte general, que en el libro de 1978 se reducía a nueve páginas, se extiende ahora a unas 56 páginas con temas tan interesantes como el del § 4, «Sociología de la familia actual»; § 5, «Los derechos de familia no civiles», y § 6, «Familia y Constitución». Un segundo capítulo, «Las relaciones de familia», incluye el parentesco y los alimentos (§§ 7 y 8), la «dirección de la vida familiar» y el «levantamiento de las cargas familiares». El tercero trata de «El matrimonio. Celebración y efectos», y dentro de él se sitúa el citado § 16, que desarrolla, con una visión muy moderna, el principio de igualdad entre los cónyuges. El capítulo cuarto trata de la «Invalidez, relajación y disolución del matrimonio». El tema polémico del divorcio se trata con bastante objetividad (págs. 230 a 247), pero se echa de menos una exposición, aunque fuese sintética, de sus directivas principales en la legislación de los países más afines al nuestro. El capítulo quinto se dedica a la «Economía de la sociedad conyugal», incluyendo el régimen matrimonial primario, su publicidad, capítulos, los patrimonios conyugales, etc., todo ello tratado con la maestría de que el profesor Lacruz nos ha dado ya con anterioridad múltiples pruebas. El capítulo sexto se ocupa de «Los diversos regímenes matrimoniales», en primer lugar el de la sociedad legal de gananciales, cuya nueva regulación de la Ley de 13 de mayo de 1981 se estudia de un modo sistemático, terminando el segundo fascículo en el tema del régimen de participación.

VI. Nos hallamos, en definitiva, ante una obra que trata de adaptar al nuevo régimen legal una doctrina ya madura sobre el Derecho de familia, y que excede del marco corriente en esta clase de libros, al aportar una información moderna y de primera mano, sobre temas de gran actualidad e importancia, y todo ello dentro de un adecuado enfoque expositivo. Por todo ello creemos que su próxima conclusión la va a hacer de consulta

indispensable para todos los estudiosos españoles en este dominio tan importante del Derecho civil, en el que las valoraciones éticas y políticas se cruzan con el aspecto técnico y sistemático, como es el Derecho de familia.

FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «Temas sobre inversiones extranjeras y control de cambios». Madrid, 1981. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Dos volúmenes de XXIV + XXIX + 1230 páginas.

La amplia tarea monográfica, con la de conjunto, llevada a cabo por el muy distinguido jurista, antes profesor universitario y hace tiempo ilustre notario de Madrid, sobre el régimen jurídico de la contratación en España por extranjeros, así como sobre el control de cambios, es de sobra conocida por todos nuestros economistas, financieros y letrados que se mueven dentro del campo internacional de las inversiones y de la importación y exportación.

Con estos dos densos volúmenes que ahora se presentan se actualizan y ponen al día aquellas cuestiones más fundamentales que la continua reforma legislativa ha operado en estos dos ámbitos. La promulgación de la Ley 40, de 10 de diciembre de 1979, y el Real Decreto 2.402/1980, de 10 de octubre, para el régimen del control de cambios, suponen un esfuerzo de concentración de la dispersión normativa anterior y un cambio de sentido en cuanto a su carácter preceptivo. Según expone, con criterio acertado, el ilustre autor, la nueva legislación no pretende ser más restrictiva que las anteriores, si bien se mantenga en una gran parte, se liberalice en ciertos aspectos y se aclare en muchos otros.

De aquí que el doctor Lucas Fernández haya de abordar ahora el sentido y alcance del nuevo ordenamiento de control de cambios en relación con el conjunto de normas que se declaran vigentes, de aquéllas que ya tenía examinado en sus fundamentales obras anteriores. Esta labor de acoplamiento y actualización la realiza en base a diez temas fundamentales que suponen otros múltiples aspectos que abarcan la problemática que presenta la casuística legal.

El tema primero expone la nueva Ley sobre régimen jurídico del control de cambios, su contenido, la competencia, su mérito, su ámbito territorial y personal, así como el temporal. En el segundo precisa primero el concepto de residencia que la nueva Ley establece tanto para las personas físicas extranjeras que habitan o no en España, así como para las personas jurídicas con domicilio social en el extranjero y, segundo, el concepto de inversor extranjero individual y social, con particular atención a las sociedades extranjeras nacionalizadas, la «Corporación Financiera Internacional» y las sociedades españolas con capital extranjero.

El tema tercero aborda las cuentas corrientes ante el control de cambios, donde se comienza por aclarar las nociones de «divisa» y «billete extranjero»

y se continúa con el análisis de las diversas modalidades de cuentas extranjeras, tales como las: «en divisas convertibles», «en pesetas convertibles» y las de «pesetas interiores», así como aquellas otras cuentas específicas, las bancarias de pesetas con Andorra, las ordinarias de pesetas para contratos de obra, las en pesetas ordinarias a turistas, las de ahorro del emigrante, las corrientes postales y otras cuentas (en pesetas ordinarias y para pagos al exterior a justificar).

Con el tema cuarto se trata el importante capítulo referente a las inversiones extranjeras en bienes inmuebles, concretamente las normas aplicables a los extranjeros residentes en el extranjero, las realizadas por personas jurídicas extranjeras, las de los españoles residentes en el extranjero, las de los extranjeros residentes en España y las de las sociedades españolas dominadas por extranjeros. Un ámbito conexo es el que trata el tema quinto, sobre las nuevas normas que establecen los requisitos para el acceso restringido a la propiedad en determinadas zonas, por parte de los extranjeros, las limitaciones a la propiedad privada y el examen especial de las adquisiciones «mortis causa».

El tema sexto analiza de manera amplia y detallada el importante tema de «las inversiones extranjeras en sociedades españolas» en sus dos modalidades concretas: las inversiones directas y las inversiones de cartera. Después de referirse al ámbito de las sociedades con normas específicas de aplicación prioritaria, pasa al estudio de los porcentajes de inversión extranjera en sociedades españolas en su sistema subjetivo y objetivo, con las excepciones que se establecen para los distintos ámbitos (defensa nacional, infracción pública, etc.) y en cuanto a las autorizadas, que han de cumplimentar una forma, una declaración e inscripción, además de otras obligaciones (presentar una memoria, ajustar su actividad al objeto social, domiciliación, administración, límites al crédito interior, etc.). Un tema también anexo e importante es el séptimo que analiza el aumento y reducción de capital en sociedades españolas con capital extranjero, especialmente los aumentos regulados por el Real Decreto 623, de 27 de marzo de 1981.

El tema octavo recoge el régimen jurídico de los préstamos y garantías otorgados por o a favor de residentes en el extranjero, con sus diversas modalidades, dedicando especial atención y cuidado a los «préstamos sindicados internacionales», de tanta actualidad y empleo ahora en España.

Como colofón final de esta magnífica obra se abordan dos aspectos prácticos de interés general en los temas noveno y décimo: el régimen jurídico del establecimiento de los extranjeros en España y la intervención de los Bancos en el proceso de una inversión extranjera en España. La obra se completa con un «Apéndice», que contiene textualmente las cincuenta y tres disposiciones normativas de mayor interés y alcance para estos ámbitos de las inversiones extranjeras y el control de cambios; con ello, tanto el estudioso como el practicante tienen a mano un material difícilmente accesible por su dispersión y especialidad, de gran valor para examinar su alcance interpretativo. El doctor Lucas Fernández con esta gran obra logra transmitirnos su saber y experiencia como gran especialista y como ilustre jurista.

RAMS ALBESA, Joaquín: «Las obligaciones alternativas». Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1982. 415 páginas.

El presente estudio constituye un esfuerzo de aplicación a las necesidades del tráfico contractual moderno, del viejo tema de la alternidad de las obligaciones, que parecía alojado exclusivamente en Derecho Romano, con escasa regulación en los Códigos Civiles, y ahora, se revela de sorprendente actualidad porque el comercio contemporáneo exige necesidades de financiación cada vez más a largo plazo y la concurrencia obliga a mantener una amplia variedad de ofertas para atraer un mayor número de clientes, que ven adecuadas así sus preferencias y necesidades a sus particulares posibilidades de satisfacción.

A esta ambiciosa idea el autor contribuye, en la primera mitad de la obra, con el examen de los antecedentes precisos de Derecho Romano e Intermedio que, en cierto modo, compendían las posturas relevantes en punto a la naturaleza jurídica de esta tipología obligacional:

a) Tesis pluralista de obligaciones, en función de otras tantas acciones diferentes para hacerlas valer, según el sistema procesal romano.

b) Tesis unitaria de la obligación, en base a que el Derecho Intermedio destaca sólo el aspecto sustantivo del derecho subjetivo, la relación jurídica de alternidad, que es única, independientemente de su contenido plural.

Pero más importante es la segunda mitad de la obra, donde el autor ensaya toda una construcción de la categoría en su estructura y efectos. Destaca el exacto deslinde entre objeto, prestación y contenido obligacional, no rehuyendo algunas precisiones difíciles en torno a la causa.

Al centrar la peculiaridad de las alternativas en el contenido, nexo o modo de vinculación, se acepta la tesis unitaria obligacional, si bien distinguiendo los supuestos: elección por el deudor, o por el acreedor. Como la prestación es substancialmente fungible, debe estar contemplada en todas sus versiones, lo que constituye un contenido plural que no varía la unicidad prestacional al punto del cumplimiento.

En relación a los efectos, idea cabalmente la elección, la concentración, la retroactividad con todas sus incidencias, siempre encauzadas en la dicotomía: elección del acreedor, elección del deudor. Y deja, por fin, en razón a su importancia, para capítulo aparte, el problema de la imputación de riesgos en caso de pérdida, deterioros, mejoras, etc., de CONTENIDOS de la obligación alternativa.

Merece especial comentario el tema de los riesgos, toda vez que no había sido tratado por la doctrina y constituye la mejor aportación de la obra. Si las alternativas ofrecen una adecuación especial al comercio moderno, más aun internacional, donde se acrecientan los riesgos, la importancia del capítulo y de sus soluciones prácticas resulta obvia. Por ello, el autor se ha detenido especialmente en cada uno de los supuestos de acaecimiento previsible.

El libro se completa con un prólogo del Catedrático de Derecho civil, señor Lacruz Berdejo, que justifica su génesis y el método de investigación elegido, y una relación bibliográfica muy escogida.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María: «¿Derecho natural o axiología jurídica?» Madrid, 1981. Editorial Tecnos. Un volumen de 209 páginas.

Esta obra tan empeñada como didáctica resulta de la conjunción de aquellos otros dos estudios llevados a cabo por el autor «Hacia una concepción del Derecho natural» (1970) y «La ética de los valores como ética jurídica» (1972). Para el profesor Rodríguez Paniagua, en la doctrina del Derecho vienen comprendidos o implicados dos aspectos, dos series de problemas, dos vertientes que es necesario diferenciar: por una parte, el Derecho natural y especialmente si se lo toma en sentido estricto, es una doctrina ontológica sobre la realidad de la naturaleza y en especial de la naturaleza humana, que nos informa de datos o presupuestos que ha de tener en cuenta el Derecho, por tratarse de exigencias de la realidad, en especial de la realidad que más en cuenta ha de tener el Derecho, que es la realidad humana. Por otra, por la otra vertiente del Derecho natural, éste es una doctrina axiológica del Derecho, una doctrina sobre el deber ser referida al Derecho, es decir, una axiología jurídica.

Esta obra de gran valor didáctico muestra y recoge en doce apartados con síntesis maestra las diversas concepciones del Derecho, las denominadas y agrupadas como: a) La concepción estatal-formalista; b) La concepción sociológico-realista, y c) La concepción óntico-valorativa. Después del panorama de las diversas concepciones del Derecho, el autor le dedica un apartado a las coincidencias de dichas concepciones, para entrar en un ulterior análisis de la determinación de los caracteres del Derecho, desde tres puntos de vista: a) El Derecho como orden de la conducta humana; b) El Derecho como orden al servicio de los fines sociales, y c) El bien común exigido por la justicia como distintivo del Derecho.

A la afirmación del Derecho natural como verdadero Derecho le sigue la exposición de un concepto estricto y de un concepto amplio del Derecho natural, de los entes y valores, la consideración de los valores frente a la postura de Heidegger, la ética Kantiana y la ética de los valores y la caracterización de la ética de los valores.

La obra se concluye formulando los presupuestos para una axiología jurídica, así como sus funciones, donde se presenta la posición respecto a ellas de la ética de los valores. Esta vinculación del Derecho por la ética es el objetivo principal del autor en esta panorámica bien construida y expuesta.

J. BONET CORREA

SANCHO IZQUIERDO, Miguel, y HERVADA, Javier: «Compendio de Derecho natural. Parte general. I. Introducción. Historia: desde los orígenes de la baja Edad Media». Pamplona, 1980. II. «Historia: desde el Renacimiento a la actualidad». Pamplona, 1981. Ediciones de la Universidad de Navarra, S. A. Dos volúmenes de 378 páginas.

Esta obra, nacida para la docencia universitaria, es el fruto de una colaboración entre el maestro y el discípulo, al llevar a cabo una labor de revisión

y ampliación de una tarea inicial a propósito de unas «Lecciones de Derecho natural», producto de un largo magisterio. El resultado es un libro en dos tomos que ahora toma la denominación de «Compendio», aunque el trabajo haya sido de renovación y ampliación por parte de los autores en su parte histórica e institucional.

El primer tomo se divide en dos partes concretas: una introductoria y otra histórica, con un total de cinco capítulos.

En el primer capítulo se aborda profundamente sobre el concepto de Derecho natural, tanto desde su aspecto etimológico (*ius directum*) como del pensamiento aristotélico (significación de la «naturaleza» y del término «Derecho natural»).

Los restantes capítulos están dedicados al examen del Derecho natural en la Historia, comenzándose con unos precedentes (antiguo oriente y Antiguo Testamento), para pasar a Grecia (la antigüedad pagana hasta los juristas romanos), con especial consideración de la antigüedad cristiana (el Nuevo Testamento, San Pablo, la Patrística y San Agustín).

El capítulo tercero abarca la doctrina medieval hasta la Escolástica. Primeramente, los autores se ocupan de la época de transición y de la influencia cristiana en la noción de *ius gentium*, de la compilación justiniana, San Isidoro de Sevilla hasta los autores de la época carolingia. Después, el segundo apartado expone los escritores del siglo XI y el nacimiento de la ciencia jurídica europea con Irnerio y Graciano, así como la Escolástica incipiente; continúa la exposición con los glosadores y decretistas hasta llegar al auge de la Escolástica (los maestros de París, franciscanos y dominicos), para concluir con la filosofía islámica y jurídica del Medioevo.

El capítulo IV está dedicado a la figura eximia de Santo Tomás de Aquino, destacándose su pensamiento en cuanto a lo natural y a lo sobrenatural, los fundamentos metafísicos y los gnoseológicos, la ley eterna y la ley natural (su naturaleza, contenido, cognoscibilidad, universalidad, inmutabilidad, indelebilidad), la relación de la ley humana con la ley natural para concluir con el concepto del Derecho natural.

El capítulo quinto y final se divide en dos apartados. El primero dedicado a las postrimerías del siglo XIII sobre el voluntarismo y el intelectualismo, la escuela franciscana media, la escuela tomista y las figuras de Egidio Romano y Duns Escoto. En el segundo apartado se abarcan los siglos XIV y XV, destacándose la doctrina de los comentaristas, la Escolástica tardía, a Guillermo de Ockam, a los autores nominalistas y a los juristas británicos.

El volumen segundo contiene los capítulos sexto a octavo, que abarcan las épocas del Renacimiento y de la Reforma (el humanismo jurídico y la reforma protestante), el Derecho natural de los siglos XVI y XVII y la transición histórica hasta la actualidad.

La Escuela española de Derecho natural, o segunda Escolástica (Vitoria, Soto, Molina, Suárez, etc.), se expone con amplitud, así como todo lo referente a la encrucijada del Derecho natural moderno (Grocio, Hobbes y Spinoza) hasta pasar a Pufendorf, Thomasio, Wolff, los autores independien-

tes y los panoramas de Italia y España, concluyendo con Kant, su idealismo trascendental y crítico, así como su teoría moral y metafísica del Derecho.

El capítulo octavo finaliza con los autores del siglo XIX, destacándose el movimiento krausista, el resurgimiento de las escuelas de orientación tradicional, así como de otras tendencias sobre el Derecho natural, con especial dedicación a las enseñanzas de los Papas.

La obra es densa y profunda y en ella encontrarán los juristas y los alumnos aquella enseñanza necesaria en la historia del pensamiento jurídico para su meditación y estudio.

J. BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de Antonio PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general y Derecho de la persona

WOLF-RÜDIGER SCHENKE: «Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen» (Problemática constitucional de la remisión dinámica), NJW, núm. 14, año 1980.

El autor define la remisión como «técnica legislativa» («Gesetzgebungstechnik») utilizada para completar una regulación llevada a cabo con lagunas, que implica una incorporación de la ley invocada al propio texto legal, sin necesidad de su repetición literal. Analiza a continuación los posibles «objetos de remisión» («Verweisungsobjekte»): leyes, ordenanzas, disposiciones y administrativas y normativa de organizaciones privadas, y distingue entre remisión expresa («ausdrücklich») y concluyente («konkludent»), y entre remisión estática y dinámica, clasificación esta última procedente de OSSENBUHL, cuyos términos se diferencian en que la primera no introduce modificación alguna en la proposición contenida en la norma a que se remite, mientras que la segunda introduce alguna variación. SCHENKE estudia a continuación las funciones de la remisión legal —fundamentalmente: economía legislativa, coherencia normativa, plenitud del Ordenamiento—, para entrar luego en problemas de Derecho interregional, analizando la constitucionalidad de las remisiones hechas por una norma del Estado Federal a otra de un Estado Federado, y viceversa.

CHRISTIAN PESTALOZZA: «Gesetzgebung im Rechtsstaat» (Actividad legislativa en el Estado de Derecho), NJW, año 1981.

En el Congreso de Profesores de Teoría del Estado celebrado en Trier el mes de octubre de 1981 se estudiaron dos temas: «La actividad legislativa en el Estado de Derecho» y «Autocontrol de la Administración». El número 39 de la NJW dedica sus páginas a dos estudios en que los profesores Pestalozza y Pietzcker analizan los mismos temas que desarrolló el Congreso. Afirma Pes-

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas: «Neue Juristische Wochenschrift» (ci. NJW), números 1 a 25 del año 1980 y números 15 a 50 del año 1981; «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht» (cit. ZGF), año 1980.

taloza que el poder legislativo, como todos los poderes del Estado, están al servicio del ciudadano, pero exige de éste una contrapartida: continuidad, consenso y confianza. Analiza la actividad del legislador, que con «ilusión y dificultad» («Lust und Last», dice con acertada paronomasia) trata de apagar —con reformas continuas— el «apetito normativo de una sociedad insaciable». Repasa el clásico concepto de la voluntad del legislador, y concluye exigiendo una profunda formación técnica para el legislador. Pietzcker analiza la necesaria subordinación de la Administración a sus propias normas, a sus propios actos y a su propia forma habitual de proceder.

UWE DIEDERICHSEN: «Das Recht der Vornamensgebung» (El derecho de determinación del nombre), NJW, núm. 14 de 1981.

Tras examinar someramente las normas sobre determinación del nombre propio o de pila: fundamentalmente los párrafos 1.628, 1.705 y 1.626, reformados por la reciente Ley sobre el cuidado paterno, de 18 de julio de 1979, analiza el ilustre profesor de Gotinga —especialista en Derecho de filiación, y autor de los comentarios al Título II del Libro IV del BGB, en la obra dirigida por Palandt— las limitaciones al derecho de elección, la posibilidad de ulterior modificación del nombre y las disposiciones sobre la imposición y modificación del nombre contenidas en la reciente «Ley sobre transexualidad» de 10 de diciembre de 1980. Llega a las siguientes conclusiones: 1.º, el derecho a la determinación del nombre, derivado del «cuidado fáctico de la persona» («*tasächliche Personensorge*») corresponde a ambos padres conjuntamente; 2.º, por regla general, el hijo no debe recibir más de cuatro nombres, debiendo admitirse excepciones fundadas; 3.º, el principio de notoriedad del sexo («*Geschlechtsoffenkundigkeit*») impone que a los varones se impongan nombres masculinos, y a las mujeres, femeninos; los nombres que no revelan el sexo sólo son admisibles unidos a otros que sí lo reflejan; 4.º, no pueden imponerse nombres escandalosos o subversivos, pero son admisibles los extraídos de la Geografía, la Mineralogía o la Literatura; no cabe añadir un número, ordinal o cardinal, al nombre; 5.º, el cambio de nombre sólo debe admitirse, excepcionalmente, en los casos contemplados en la «Ley sobre el cambio del apellido y del nombre», de 5 de enero de 1938, y la antes citada «Ley sobre transexualidad».

HANS-JOCHEN VOGEL: «Zustimmung oder Widerspruch. Bemerkungen zu einer Kernfrage der Organtransplantation» (Adhesión o rechazo. Observaciones a una de las cuestiones básicas del trasplante de órganos), NJW, número 12, año 1980.

En el Parlamento alemán han comenzado recientemente las deliberaciones para redactar un Proyecto de Ley sobre trasplantes de órganos, y según el autor del presente artículo, la discusión se ha polarizado en los dos términos de una disyuntiva básica: adhesión o rechazo a este tipo de operaciones. Para lograr una salida al enfrentamiento, y para profundizar en la materia, se llamó a consulta —en septiembre de 1979— a especialistas muy diversos:

teólogos, médicos y juristas fundamentalmente. El autor de este artículo, Dr. Vogel, Ministro de Justicia, invoca la estadística para expresar la necesidad urgente de una regulación del transplante de órganos: miles de córneas y de riñones se trasladan de un cuerpo a otro a lo largo de un año, sin que los problemas básicos que tal operación entraña estén resueltos por la ley. Analiza el autor los informes emitidos por diversas corporaciones médicas, y defiende, como tesis de su artículo, la llamada solución consensual («Einwilligungslösung») aportada por el Parlamento, que hace depender la extracción de órganos de un cadáver de la voluntad expresada en vida por el difunto, o del consentimiento prestado por sus más próximos parientes.

FRANZ RULAND: «Die Sonderstellung der Religionsgemeinschaften im Kündigungsrecht und in den staatlichen Mitbestimmungsordnungen» (La situación privilegiada de las comunidades religiosas en las normas de protección contra el desahucio y en las disposiciones estatales sobre cogestión), NJW, núm. 3 de 1980.

Determinados privilegios que la Iglesia conserva en el Derecho alemán en materias civiles y laborales ha dado lugar a una gran polémica doctrinal —en la que se enmarca tanto el artículo de Rüthers publicado en esta misma NJW, el año 1978, como el que comentamos— y a numerosas sentencias de los Tribunales ordinarios, e incluso del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal de Trabajo. El profesor Ruland contrapone en su estudio el principio de autonomía o autogobierno de la Iglesia («kirchliche Selbstverwaltungsrecht»), del que considera que derivan los privilegios citados, y el principio de Estado social («sozial Staatsprinzip»), pronunciándose por una tesis restrictiva de limitación de esa situación de privilegio en aquellos campos que no tienen carácter religioso.

HELLMUT WAGNER: «Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem» (Los riesgos de la ciencia y de la técnica como problema jurídico), NJW, núm. 13, año 1980.

Comienza afirmando el autor que también desde una perspectiva jurídica, el avance científico y tecnológico lleva aparejado beneficio y riesgo. La determinación y valoración de ese riesgo exigen la adopción de un criterio jurídico que sirva de base tanto a la labor legislativa, como a la actividad administrativa —en el otorgamiento de autorizaciones, licencias y permisos a las modernas fábricas, instalaciones y laboratorios de investigación—, como a las decisiones judiciales. Se plantea aquí, según Wagner, un dilema básico entre crítica a la moderna tecnología y mejora de la calidad de vida, en el que ha de optarse por una u otra posición. Analiza a continuación los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por el avance científico («betroffene Rechtsgüter»): la vida, la salud, la libertad y los bienes patrimoniales. Plantea como cuestión fundamental qué valores pueden justificar el riesgo que implica la moderna tecnología, enumerando como tales valores el aumento de los puestos de trabajo, el desarrollo de las exportaciones y el aseguramiento de unas fuentes de energía futuras, pero concluye que ninguno de

estos valores pueden ser hoy día invocados en un litigio concreto para eximir de responsabilidad, por carecer del necesario respaldo legal.

JOACHIM HENKEL: «Anatomie des deutschen Asylverfahrens» (Anatomía del procedimiento de asilo alemán), NJW, núm. 10, año 1980.

El breve artículo pretende ser, como indica su subtítulo, «un informe sobre la situación actual». La entrega de dos jóvenes checoslovacos a su país de origen, tras haber solicitado asilo en territorio alemán, ha sensibilizado a la opinión pública, y ha provocado agrias discusiones sobre la regulación y la aplicación del procedimiento de asilo. El autor plantea su artículo desde una perspectiva práctica: «¿a quién ha de dirigirse la petición de asilo?», «¿dónde ha de plantearse?», se pregunta. Henkel lamenta que tales interrogantes no tengan una respuesta clara en el Ordenamiento, y que las propias autoridades se acojan a esta ambigüedad legal para negar el asilo solicitado. El autor, tras analizar las competencias que en la materia corresponden al Ministerio del Interior y a la Oficina para la admisión de refugiados extranjeros, concluye que la vigente regulación alemana sobre el derecho de asilo «produce congoja», y combate con un sinfín de dificultades a los que buscan protección. Termina destacando la discordancia entre la legislación ordinaria —que restringe el derecho de asilo—, y la Ley Fundamental de la República Federal de 1949 que en su parágrafo 16, II, 2, lo consagra en términos amplios y generosos.

2. Obligaciones y contratos

RUDOLF GARTNER: «Darlegungsmängel bei Mieterhöhungserklärungen» (La falta de aclaración en las notificaciones de subida de alquileres), NJW, número 4, año 1980.

El autor determina —analizando la legislación alemana sobre elevación de rentas, constituida por la «Ley para la regulación del nivel de rentas» («Gesetz zur Regelung der Miethöhe») y la «Ley sobre control de la vivienda» («Wohnungsbindungsgesetz») — las circunstancias que pueden dar lugar a tal elevación, y la forma en que ésta ha de ser notificada, centrando su estudio en la obligación legal de expresar detalladamente los conceptos que dan lugar a la subida de la renta. Estudia también el profesor Gärtner la actualización de rentas, distinguiendo las edificaciones forzosas («öffentlich geförderter Wohnungsbau»), y las voluntarias («freifinanzierter Wohnungsbau»), y la forma de alcanzar, en el primer caso, la llamada «renta de coste» («Kostenmiete»), y en el segundo, la «renta de nivelación» («Vergleichsmiete»). Concluye analizando las consecuencias de la falta de justificación de las causas de elevación y actualización de la renta, y los derechos y acciones que en tal caso asisten al arrendatario.

BERNHARD VON LINSTOW: «Schadenersatz und Belastung mit Einkommensteuer» (Indemnización de perjuicios y gravamen en el impuesto sobre la renta), NJW, núm. 9, año 1980.

Tras afirmar que las prestaciones dinerarias entregadas como indemnización de daños y perjuicios se consideran como ingreso del perjudicado, y por tanto están gravadas con el impuesto sobre la renta, pone de relieve el autor —analizando los tipos impositivos y las habituales cuantías de las indemnizaciones—, la enorme disminución que el impuesto realiza en la suma entregada. De ahí que el perjudicado, a la hora de reclamar la indemnización, tenga en cuenta tal disminución, para aumentar la cuantía de la suma reclamada. Von Linstow centra su estudio en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 22 de marzo de 1979, ampliando la reseña que de la misma hizo ya en otro número de esta Revista (concretamente, NJW, 1979, 1449).

ULRICH HÜBNER: «Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers» (Hacia la calificación dogmática de la posición jurídica del comprador con reserva de dominio), NJW, núm. 14, año 1980.

Las frases finales del artículo podrían servir también como introducción: el autor recuerda la afirmación de Henckel, de que la calificación dogmática de una institución supone descubrir sus afinidades con otras figuras jurídicas, englobarla en un género próximo, y destacar sus perfiles peculiares; una acertada calificación puede iluminar las relaciones entre las figuras jurídicas, y una errónea calificación puede oscurecerlas. La compraventa con cláusula de reserva de dominio se regula en el parágrafo 455 del Código civil, cuya redacción ha permanecido invariada desde 1896; en él se afirma que si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio, en la duda ha de entenderse que la transmisión de propiedad se realiza bajo la condición suspensiva del pago total del precio, y que el vendedor está autorizado a la resolución del contrato si el comprador incurre en mora en el pago. El profesor Hübner trata de demostrar, a lo largo de su artículo, dos ideas fundamentales, presididas por la tesis básica de que la reserva de dominio («Eigentumsvorbehalt») implica un derecho de prenda sin posesión («besitzloses Pfandrecht»): en primer lugar, que el BGB, que en su parágrafo 1.205 sólo admite la prenda con desplazamiento de posesión, puede albergar hoy, en su parágrafo 455, sin sufrir alteración alguna en su texto, una forma de prenda sin desplazamiento de posesión. En segundo lugar, perfila el autor la naturaleza jurídica de la figura, afirmando que el comprador tiene un derecho de propiedad gravado con derecho de prenda («pfandrechtsbelastetes Eigentum des Käufers»), y el vendedor con reserva de dominio, un derecho de prenda sin posesión («besitzloses Pfandrecht des Vorbehaltsverkäufers»).

GÜNTER RABE: «Der Arbeitslohn des Konkursverwalters» (La remuneración del síndico del concurso), NJW, núm. 34, año 1981.

Según el Ordenamiento jurídico y económico alemán, toda prestación de servicios profesionales ha de ser remunerada; dentro de este principio general

hay que englobar también la actividad de los síndicos del concurso, que han de ser remunerados con cargo a la masa activa (según dispone el parágrafo 11 de la Ordenanza del concurso). La problemática que plantea la remuneración del síndico reside en deslindar la actividad específica del cargo, de aquellas otras actividades complementarias que realice en beneficio de los acreedores, así como determinar la forma concreta de remuneración. Para resolver la primera cuestión, entiende el autor que es necesario aplicar por analogía el parágrafo 1.835 del Código civil alemán, relativo al tutor, y por tanto, considerar como ejercicio del cargo tanto la «gestión del concurso» como «los servicios que pertenezcan a su industria o profesión». En cuanto a la segunda cuestión, si se trata de un profesional especializado, habra de ser remunerado con arreglo a los aranceles o tarifas de su profesión. Como conclusión afirma Rabe que toda la doctrina elaborada por los autores y por la Jurisprudencia respecto del tutor es aplicable igualmente al síndico del concurso: «la problemática es común a ambos, y la solución de los problemas no puede ser, por tanto, distinta».

ERWIN DEUTS: «*Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten*» (El privilegio terapéutico del médico: la no información en beneficio del enfermo), NJW, núm. 24, año 1980.

Las distintas informaciones que el médico debe transmitir al enfermo sobre el estado de su enfermedad se sistematizan por los autores alemanes en tres tipos: la información sobre el diagnóstico («Diagnoseaufklärung»), la información sobre la evolución («Verlaussaufklärung») y la información sobre los riesgos («Risikoaufklärung»). El Dr. Deutsch perfila el concepto de cada una de estas informaciones, para estudiar luego lo que la doctrina alemana llama el «privilegio terapéutico», en cuya virtud puede el médico silenciar al enfermo la trascendencia de su enfermedad, cuando la información pudiera producir trastornos psicológicos que influirían en la curación. El autor trata de conciliar el «privilegio terapéutico» con el deber de documentación analizado por Wasserburg en el artículo antes reseñado— y con el derecho al examen de tal documentación, sosteniendo que el privilegio terapéutico debe hacerse constar en el historial clínico del enfermo, pero sin que el enfermo tenga acceso a tal anotación.

KLAUS WASSERBURG: «*Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten*» (La obligación médica de llevar documentación en interés del enfermo), NJW, núm. 12, año 1980.

Parte el presente artículo de la reciente proliferación de decisiones judiciales en que se impone a los médicos la obligación de elaborar y reunir toda la documentación relativa a la enfermedad de cada paciente. Afirma el autor que tal obligación deriva de un previo derecho del enfermo a examinar su historial clínico y los resultados de los informes y análisis médicos, derecho que emana del propio contrato de tratamiento terapéutico («Behandlungsvertrag») celebrado con el médico. En caso de incumplimiento de tal obligación

de llevar la documentación, recae sobre el médico una obligación de indemnizar los perjuicios. La forma de hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación por parte del cliente es el objeto fundamental del presente estudio, de carácter básicamente procesal. Concluye el autor destacando la enorme distancia que en este punto existe entre Derecho y realidad, pues los médicos están ya sobrecargados de trabajo con su misión de curar, y no pueden —según Wasserburg— ampliar su jornada laboral redactando informes y archivándolos.

BERNHARD HAHN: «Zulässigkeit und Grenzen der Delegation ärztlicher Aufgaben» (Admisibilidad y límites de la delegación de funciones médicas), *NJW*, núm. 37, año 1981.

El estudio lleva como subtítulo «el encargo de practicar extracciones, inyecciones y transfusiones de sangre dado al personal sanitario subalterno». La medicina moderna se caracteriza por una creciente especialización, no sólo a nivel científico, sino también a nivel práctico. Los ayudantes sanitarios son hoy de muy diversa índole, desde enfermeras a practicantes, y sus funciones no siempre están claramente delimitadas. Afirma el autor que la medicina clásica se ha automatizado, se ha convertido en una medicina «en cadena», «cronometrada», y de ahí que el médico haya de delegar muchas de sus funciones. La inseguridad jurídica existente en la materia por falta de una regulación que deslinde las tareas propias de cada uno de estos profesionales, y por la falta de una normativa que determine la responsabilidad del médico en cada caso, ha preocupado a los juristas alemanes, y ha originado una discusión doctrinal que se inicia con la obra de Goldhah-Schläger, «Peligros de la práctica de inyecciones y sus consecuencias jurídicas», publicada en 1948, y llega hasta este artículo del profesor Hahn, dando lugar a una extensa e interesante bibliografía recogida por este último.

3. Derechos reales.

FRANZ JURGEN SACKER y MARIAN PASCHKE: «Der Notweg im System: des de nachbarrechtlichen Zivilrechts» (El paso forzoso en el sistema de las normas civiles reguladoras de la vecindad), *NJW*, núm. 19, año 1981.

Los autores comienzan criticando la «provocante» afirmación de Livers, de que la regulación del paso forzoso carece de toda justificación histórica, sistemática y práctica, y señalando como finalidad de su estudio el determinar las bases político-jurídicas y dogmático-jurídicas sobre las que descansa la figura del paso forzoso. Analizan a continuación los párrafos 917 y 918 del Código civil alemán, que configuran el «camino forzoso» o «paso necesario» como limitación estatutaria de la propiedad y no como servidumbre. Critican también la mecánica repetición por los autores modernos de la doctrina decimonónica sobre la figura, sin indicar su fundamento actual, que según Säcker y Paschke, reside en el párrafo 14 de la Ley Fundamental y

en su concepción social de la propiedad. Estudian más adelante lo que llaman el estatuto constitucional del dominio, para adentrarse luego en los criterios que deben inspirar una moderna regulación del paso forzoso.

WINFRIED BROHM: «*Der Schutz privater Belange bei Bauplanungen*» (La protección de los intereses privados en el urbanismo), núm. 32, año 1981.

Tras indicar la actualidad del tema y narrar los antecedentes de hecho que han dado lugar a varias sentencias recientes del Tribunal Constitucional Alemán, el autor se adentra en el estudio de la doctrina contenida en las mismas, haciendo interesantes precisiones terminológicas de carácter general, entre otros casos, al determinar la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos como «norma ejecutiva» («Vollzugsnorm»), por estar integrada por elementos normativos y ejecutivos («Nomativen- und Vollzugselemente»), al señalar como funciones del planeamiento la epropiatoria y la distributiva («Eingriff- und Zuteilungsfunktionen»), y al definir al conjunto de afectados por un plan urbanístico como «comunidad de sacrificios y de beneficios» («Opfer- und Nutzungsgemeinschaft»).

MARTIN LOFFLER: «*Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts*» (El derecho fundamental a la libertad de información como límite al derecho de la propiedad intelectual), NJW, núm. 5, año 1980.

Parte el autor de que la regulación alemana del derecho de propiedad intelectual da lugar a un auténtico monopolio («Urhebermonopol») incompatible con las exigencias de una sociedad democrática moderna. Esboza a continuación las dos grandes tendencias contrapuestas que se vienen perfilando en los últimos decenios en el campo de la propiedad intelectual: el derecho del autor a decidir sobre los aspectos incorporales y económicos de su obra, y el derecho del ciudadano a estar informado sobre los acontecimientos intelectuales de su época. Con la perspectiva de encontrar una fórmula conciliadora de ambas tendencias en el Derecho positivo vigente, el Profesor Löffler analiza los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual de 9 de septiembre de 1965 («Urheberrechtsgesetz»), y concretamente lo referente al «derecho de cita» —distinguiendo, según la clasificación legal, las obras de citas, las citas largas o reproducciones literales de artículos o poemas, las citas breves y las citas o reproducciones de imágenes— concluyendo con una crítica a las excesivas restricciones impuestas por la ley en esta materia, y una propuesta de interpretación de ésta conforme con el artículo 5 de la Ley Fundamental.

DIETRICH REINICKE: «*Die Sicherung einer Gesamtschuld durch eine Grundschild auf del Grundstück eines Dritten*» (El aseguramiento de una obligación solidaria mediante una deuda territorial constituida sobre la finca de un tercero), NJW, núm. 40, año 1981.

Se estudia la hipótesis de disociación entre responsabilidad personal y real, con ocasión de una sentencia del Tribunal Supremo Federal, en que la

deuda territorial garantizaba una obligación solidaria. El autor analiza exhaustivamente los problemas prácticos que pudieran plantearse, en base a la introducción —en los antecedentes de hecho que dieron lugar a la citada sentencia— de diversas variaciones perfectamente sistematizadas.

4. Derecho de familia

UWE DIEDERICHSEN: «Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge» (La nueva regulación del derecho de cuidado paterno), NJW, núm. 1, año 1980.

Se trata —junto con el artículo de Belchous, aparecido en la «Hoja sobre Derecho de la Juventud y Beneficencia Juvenil»— de uno de los primeros estudios publicados sobre la patria potestad tras la reforma de 18 de julio de 1979. Diederichsen esboza las líneas maestras de la nueva Ley: suprime la expresión «poder paterno» y consagra la de «cuidado paterno», configura la relación entre padres e hijos como una obligación recíproca de atención y cuidado (parágrafo 1.618 a), impone la toma en consideración de la creciente capacidad y responsabilidad del hijo, y prohíbe las medidas educativas humillantes. Estudia a continuación el contenido de la patria potestad, analizando separadamente el «cuidado personal», el «cuidado patrimonial», la representación del hijo y las relaciones del hijo con terceros, para tratar luego con detenimiento los puntos que entrañan mayor novedad: la educación del hijo —en que se impone una atenta apreciación de su capacidad y aptitudes—, el internamiento del hijo con privación de libertad —para el que se establece un riguroso control judicial—, la protección del hijo frente al comportamiento negligente de los padres —que se lleva a cabo por el Tribunal de Tutelas—, y la entrega del hijo en «Familienpflege» o acogimiento familiar. Después analiza las características de la patria potestad tras el divorcio o la separación de los padres, concluyendo el autor su estudio afirmando que la nueva regulación se enmarca en ese secular intento de humanización del Derecho, y lo hace de forma tan clara y precisa que no planteará problemas a los Tribunales a la hora de su aplicación.

MANFRED ZULEEG: «Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme national gemischter Ehen» (Problemas constitucionales y administrativos de los matrimonios de distinta nacionalidad), NJW, núm. 22, año 1980.

Se trata de una comunicación presentada por el profesor Zuleeg a las «Jornadas sobre matrimonios entre extranjeros y alemanes» celebradas en Hofgeismar a principios del año 1979. El autor resume y sistematiza las disposiciones legales sobre la nacionalidad de los cónyuges, contenidas en la antigua «Ley sobre nacionalidad del Reich y del Estado» de 22 de julio de 1913 («Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz») y en la más reciente «Ley de Equiparación jurídica» de 18 de junio de 1957 («Gleichberechtigungsgesetz»). Afirma el autor que el antiguo principio de unidad familiar se ha visto sustituido por el principio de decisión individual. Las mujeres alemanas que

contraen matrimonio con un extranjero conservan la nacionalidad alemana; la conservan incluso cuando por imposición de la ley del marido, han de adquirir la nacionalidad de éste; pero si voluntariamente optan por la nacionalidad del marido, pierden la nacionalidad alemana. Las extranjeras que contraen matrimonio con un alemán no adquieren ya, por imperativo legal, la nacionalidad alemana, sino que hoy puede optar el cónyuge extranjero por adquirirla. El mismo principio de decisión individual rige en materia de domicilio, y el legislador ha suprimido el domicilio forzoso de la mujer. Por tanto, cada cónyuge puede tener uno o varios domicilios propios (de conformidad con el parágrafo 7 del BGB). A pesar de la obligación legal de vida en común (parágrafo 1.353 del BGB), la doctrina admite la diversidad de domicilios, derivada de la diversidad de lugares de trabajo.

PETER FINGER: «Die Eheaufhebung und das neue Scheidungsrecht (La nulidad del matrimonio y la nueva normativa del divorcio), NJW, núm. 29, año 1981.

Tras esbozar una interesante evolución histórica sobre la materia, con precisas indicaciones bibliográficas, el autor pone de relieve las discordancias existentes entre la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar de 1976 y la Ley de Matrimonio de 1938, al no alterar aquélla ningún precepto de ésta; el autor señala las coincidencias entre algunas causas de nulidad señaladas en la primera y algunas causas de divorcio enumeradas en la segunda, y pone luego en duda la posibilidad de deslindar en determinados casos nulidad y divorcio, e incluso la razón de que coexistan una y otra figura. Termina proponiendo reformas concretas del Derecho positivo, y fundamentalmente la derogación de los párrafos 28 y siguientes de la Ley de Matrimonio.

GERRIT LANGENFELD: «Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt in der Praxis (Los pactos sobre alimentos posteriores al matrimonio, en la práctica), NJW, núm. 44, año 1981.

En base al nuevo parágrafo 1.585 c) del Código civil alemán, reformado por la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar de 1976 («los cónyuges pueden celebrar pactos sobre el deber de alimentos para el tiempo posterior al matrimonio»), que tiene su fundamento en el también reformado parágrafo 1.408 («los cónyuges pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante contrato, y especialmente pueden también revocar o modificar tras la celebración del matrimonio su régimen económico matrimonial»), Langenfeld plantea la problemática que tales pactos pueden suscitar.

JÜRGEN SONNENSCHNEIN: «Interner Steuerausgleich zwischen veranlagter Ehegatten (El prorrateo fiscal interno de los cónyuges gravados conjuntamente), NJW, núm. 6, año 1980.

La compensación económica que ha de producirse entre los cónyuges, cuando uno de ellos satisface íntegramente un impuesto que recae sobre

ambos, no está regulada en el Derecho alemán. El problema se plantea con especial agudeza, según el autor, en los casos de disolución del matrimonio, en que las prestaciones de nivelación («Ausgleichsansprüche») pueden alcanzar gran importancia económica. Sonnenschein traslada el problema al terreno civil, dado el paralelismo entre el parágrafo 44 de la «Abgabenordnung» u Ordenanza Tributaria y el parágrafo 421 del Código civil, pues en ambos casos se plantea un problema de compensación interna por el pago de una deuda solidaria. Aplicando esta técnica civil, analiza el autor las consecuencias que en la esfera interna se producen, según que el impuesto satisfecho sea el que grava la renta o el patrimonio.

JAN SCHAPP: «Die Leistung der Frau in der Ehe und ihre Bedeutung für den Unterhaltsanspruch der Frau nach Scheidung» (El trabajo de la mujer en el hogar y su importancia para la reclamación de alimentos tras el divorcio), ZGF, año 1980.

Las principales innovaciones operadas por la llamada «Primera Ley para la Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar», de 1976, han recaído sobre la institución del divorcio, y dentro de ella, sobre la pensión de alimentos, que ha pasado de estar fundada en el principio subjetivo de culpabilidad («Verschuldensprinzip»), a estar fundada en el principio objetivo de desintegración del matrimonio («Zerrütungsprinzip»). Según SCHAPP, la regulación sobre la materia descansa sobre dos ideas básicas: la de que, por regla general, cada cónyuge ha de ocuparse de su propio mantenimiento, con su propio trabajo; la de que, excepcionalmente, en determinados casos —que se enumeran detalladamente en los parágrafos 1.570 a 1.573 del BGB— esta posibilidad de trabajo no existe, y el otro cónyuge debe satisfacerle una pensión alimenticia. Esta obligación cesa, según la ley, cuando el cónyuge sin medios de subsistencia adquiere un trabajo estable. Los autores fundan este deber de auxilio económico en un «principio de solidaridad postmatrimonial» («nacheheliches Solidaritätsprinzip»). Schapp añade a la anterior justificación el principio constitucional de equiparación de sexos («Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter»): el legislador ha tenido presente que dos terceras partes de las mujeres son —en la sociedad alemana— amas de casa, y su situación de inferioridad tras el divorcio debe remediarse con un auxilio económico del marido. Hoy se reconoce ya, afirma el autor, que la actividad de la mujer en el mantenimiento del hogar, y la ocupación profesional del marido, tienen un valor equivalente; sin embargo, al producirse el divorcio, la mujer ve destruido su lugar de trabajo, su mundo laboral, mientras los del marido permanecen intactos. «El sacrificio que el divorcio impone a la mujer es mayor que el del marido. Y el marido debe ser obligado a participar en ese sacrificio. «La obligación de prestar alimentos está fundada por tanto, en su esencia, en una razón espiritual». Termina el autor analizando el parágrafo 1.579, I, 1 del BGB, en que se excluye el deber de satisfacer la pensión «cuando el matrimonio fue de corta duración», —precepto que Schapp funda en que sólo puede hablarse de sacrificio de la mujer cuando la entrega de su vida

a las tareas del hogar ha tenido cierta duración—, y examinando la hipótesis de que el divorcio tenga origen en la iniciativa de la mujer, pero sin que exista un motivo aparente.

HANS-WERNER FEHMEI: «Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung verfassungswidrig?» (¿Es conforme con la Constitución la prohibición de que la patria potestad se ejerza conjuntamente tras el divorcio?), ZGF, año 1980.

Antes de centrarse en el tema de su estudio, el autor analiza las vicisitudes del Anteproyecto de Ley sobre el cuidado paterno de 1973 hasta su cristalización en la Ley de 18 de julio de 1979, deteniéndose en las diferencias de criterio existentes entre los partidos políticos, y examinando numéricamente las votaciones, pretendiendo con todo ello —al parecer— explicar la existencia de contradicciones en el texto legal. Estudia a continuación aquellos preceptos del «Código de la Familia y la Tutela polaco de 1965, relativos a la patria potestad, y especialmente el que permite a los Jueces encomendar la patria potestad de los hijos a ambos padres conjuntamente, tras el divorcio de éstos; afirma el autor que este criterio jurisprudencial era también el más frecuentemente aplicado en Alemania, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. Sin embargo, hoy dispone el parágrafo 1.671, IV, 1, del BGB que «tras el divorcio de los padres, el cuidado paterno podrá transmitirse a uno sólo de ellos, con lo que, según Fehmel, se vulneran dos preceptos de la Ley Fundamental de la República Federal: el 6, apartado 2.º, en que el cuidado y la educación de los hijos se consideran un derecho natural de ambos padres, y el 3, apartado 1.º, en que se afirma que todos los hombres son iguales ante la Ley. Concluye el autor afirmando que, mientras en el Derecho extranjero —polaco, sueco y estadounidense— se sigue el criterio de atribución conjunta de la patria potestad a ambos padres, tras el divorcio, en la República Federal de Alemania se adopta el criterio contrario, imponiendo restricciones que antes no existían y adoptando un criterio regresivo. Considera finalmente deseable un inmediato pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema.

II. DERECHO MERCANTIL

HANS-HEINRICH SCHMIEDER: «Deutsches Patentrecht in Erwartung des europäischen Gemeinschaftspatents» (El Derecho alemán de patentes a la espera de la patente de la Comunidad Económica Europea), NJW, número 22, año 1980.

El autor, Magistrado del Tribunal Federal de Patentes, analiza las normas que rigen en la Comunidad Económica Europea en materia de patentes, contenidas en el «Convenio Internacional de Luxemburgo sobre Patente Europea» de 1975, que sienta las bases para una posterior unificación jurídica sobre la materia, y que se espera sea ratificada por todos los países que aún no lo han hecho, integrantes de la Comunidad, en este año 1982, y el

«Convenio de Munich sobre Patente Europea de 1976, que crea la Oficina Europea de Patentes en Munich, y que ha iniciado ya sus trabajos. En espera de una próxima normativa comunitaria sobre patentes, los distintos países integrantes del Mercado Común tratan de adaptar su legislación interna, lo que en Alemania se ha llevado a cabo a través de dos cuerpos legales: la «Ley sobre el Convenio Internacional de Patentes», promulgada en 1976 y la «Ley sobre la Patente Comunitaria y para la modificación de las disposiciones sobre patentes» de 1979, que entró en vigor el 1 de enero de 1981. Schmieder afirma que el Derecho europeo de patentes debe coexistir, en una primera fase, con normas de Derecho interno, pero en una fase posterior, cuando se haya logrado la plena unificación jurídica, ese Derecho comunitario debe regular con exclusividad la materia. La ventaja de una previa adaptación de las normas alemanas a la regulación internacional es doble: por una parte facilita la posterior unificación, y por otra permite gozar de una fase de prueba de gran utilidad para la práctica jurídica.

WERNER FLUME: «Zur Enträtzelung der Vorgesellschaft» (Hacia el desentrañamiento de las sociedades en formación), NJW, núm. 33, año 1981.

El artículo, que lleva por subtítulo «una investigación suscitada por la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 9 de marzo de 1981», trata de desentrañar lo que en Alemania se ha dado en llamar «el enigma de las sociedades en formación», enigma que deriva no tanto de su objeto —según afirma el autor— como del tratamiento que recibe de la doctrina. El problema central de las sociedades en formación reside en el régimen de su responsabilidad por los negocios emprendidos en tal situación, que Flume analiza respecto del caso concreto contemplado en la citada sentencia. El autor distingue el régimen de responsabilidad anterior y posterior a la inscripción en el Registro Mercantil, afirmando que en la primera situación existe una responsabilidad ilimitada de los socios respecto de los terceros, y en el segundo una simple obligación interna de desembolsar el «Stammkapital» o capital social originario.

III. DERECHO PROCESAL

HANNS PRÜTTING: «Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung» (Los fundamentos del proceso civil en el cambio de la legislación), NJW, núm. 8, año 1980.

En estos últimos años se ha desarrollado en Alemania una vertiginosa actividad legislativa en materia procesal, tendente a actualizar la vetusta «Ley Procesal Civil de 1877, reflejada fundamentalmente en la «Ley Modificativa de la Jurisdicción» de 1974 («Gerichtsstandsnovelle»), la «Ley sobre competencias de las Audiencias Provinciales y de simplificación de los procedimientos judiciales» de 1974, la «Ley sobre modificación del derecho de revisión en asuntos civiles de 1975, la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar» de 1976, la «Ley para la simplificación y agilización del proce-

dimiento judicial» de 1976, la «Ley para la agilización y clarificación de los procedimientos laborales» de 1979 y la nueva «Ley de Tribunales de Trabajo» del mismo año. A la vista de la rápida evolución legislativa que ha tenido lugar, Prütting se pregunta si los cambios de Derecho positivo han llevado consigo una sustancial alteración de los principios en que tradicionalmente se asentaba el Derecho procesal. Analiza las opiniones doctrinales: las de aquellos que —como Wassermann— afirman que se ha creado un nuevo Derecho procesal, y las de aquellos que —como Wolf y Nagel— sostienen que, a pesar de las importantes innovaciones introducidas, los antiguos conceptos se mantienen incólumes. El autor de este artículo estudia el problema respecto de dos cuestiones concretas: la obligación del Juez de apreciar la prescripción extintiva consumada y el valor de las sentencias de las Audiencias Territoriales, y afirma, como conclusión, que no puede hablarse, a la vista del cambio legislativo, de una alteración de los fundamentos del sistema procesal.

IV. DERECHO PENAL

HORST WOESNER: «*Neuregelung der Tötungstatbestände*» (Nueva regulación de los delitos con resultado de muerte), NJW, núm. 21, año 1980.

El Magistrado del Tribunal Supremo Federal Horst Woesnerf critica los tipos delictivos contenidos en los parágrafos 211 y 212 del Código penal alemán, que fueron redactados en su versión actual por la ley de 4 de septiembre de 1941, bajo el epígrafe «asesinato y homicidio». Según el autor, la tipología legal «depende de premisas ético-sociales, que deben sustituirse por «perspectivas estrictamente racionales. Tras analizar con rigor los elementos que configuran cada uno de los delitos, propone una fórmula concreta de regulación, contenidas en cinco artículos, que tratan sucesivamente: del homicidio —al que se limita a señalar una pena mínima de cinco años—; del asesinato —que define por vía de enumeración de circunstancias concurrentes, y al que señala la pena de reclusión perpetua—; de las circunstancias atenuantes de los dos delitos anteriores —fuerte excitación, compasión y desesperación, determinando que la presencia de alguna de ellas reduzca la pena a un tiempo de seis meses a cinco años—; la muerte causada con consentimiento de la víctima —para la que reitera la pena anterior—; y la muerte causada por la madre a su hijo al tiempo de su nacimiento, que dará lugar a la misma pena de privación de libertad por un período de seis meses a cinco años.

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

HANS JÜRGEN PAPIER: «*Das neue Staatshaftungsrecht*» (El nuevo derecho de responsabilidad estatal), NJW, núm. 43 de 1981.

Continuando con la reforma de las leyes de procedimiento administrativo, el legislador alemán, tras diez años de trabajos preparatorios, ha ela-

borado una nueva ley reguladora de la responsabilidad administrativa: la «Staatshaftungsgesetz» de 26 de junio de 1981. En ella se consagran los nuevos principios que informan la responsabilidad de la Administración del Estado, estableciendo un ámbito más amplio de responsabilidad, en cuanto que ésta es exigible «si los poderes públicos incumplen una obligación de Derecho público que les incumbe en relación a otros, debiendo responder aquéllos del daño causado, con arreglo a los preceptos de esta Ley (parágrafo 1.º). Supone esta regulación legal un notable cambio en relación con las normas que hasta el momento articulaban la responsabilidad administrativa (parágrafo 839 del Código civil alemán y 34 de la Ley Fundamental), pues la Administración del Estado ha de responder hoy no sólo indirecta o mediatamente de los daños causados por funcionarios o autoridades, sino que se impone también una responsabilidad directa e inmediata. El origen de esta responsabilidad administrativa —directa e inmediata— lo constituye hoy el incumplimiento de las obligaciones de Derecho público que incumben a los titulares de poderes públicos, y no de la comisión por los mismos de un ilícito civil, que contempla el parágrafo 839 del BGB, por lo que la responsabilidad administrativa pierde sus raíces iusprivatistas. Resume el autor la nueva situación legal afirmando que «la responsabilidad administrativa es, por tanto, una responsabilidad «primaria», con lo que el principio de responsabilidad subsidiaria de las vigentes normas de responsabilidad de los funcionarios (del parágrafo 839, I, 2 del BGB) desaparece totalmente». Este ámbito tan amplio de responsabilidad se pone de manifiesto también en los párrafos 2 y 3 de la «Staatshaftungsgesetz», pues la pretensión de resarcimiento debe comprender no sólo la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios causados, sino también la eliminación de todas las consecuencias que de ella se derivan. También recoge la nueva regulación importantes innovaciones en relación a otros aspectos de la responsabilidad (determinación de los daños; determinación del concepto de «autoridad»; deslinde respecto de la responsabilidad de Derecho privado; forma de reparación de los perjuicios causados; reconocimiento de los derechos lesionados), que completan así la regulación positiva de tan importante institución.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

No hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente. En la escritura calificada se considera constituido en todos sus elementos el referido negocio de creación de condominio y agrupación y estructurado en su base, tanto física como jurídica, al establecerse la proindivisión, en proporción ideal al valor de las agrupadas. (Resolución de 16 de mayo de 1979; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de junio.)

Hechos.

Por escritura otorgada en Benigánim el día 26 de agosto de 1976 ante su Notario don Antonio Yago Ortega, don José Tortosa Cambra y don José Valls Tortosa, con el consentimiento de sus respectivas esposas, agruparon dos fincas colindantes de su respectiva propiedad, como gananciales de su matrimonio, sitas en términos de Bellus, solicitando la inscripción de la finca resultante, que pertenece en pleno dominio, y con carácter ganancial a don José Tortosa Cambas, en dos quintas partes indivisas, y a don José Valls Tortosa, con el mismo carácter, en tres quintas partes indivisas; y acto seguido, en la misma escritura, los dos comparecientes citados, junto con otros, fundan una sociedad limitada a la que aportan la finca resultante.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Játiva —del que se retiró posteriormente para su presentación en el Registro Mercantil de Valencia en el que se inscribió la constitución de la Sociedad— fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento en cuanto a la agrupación de fincas, único acto del que se solicita operación, por los siguientes defectos:

1. Efectuarse la agrupación respecto de fincas de dueños distintos, en contra de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 44 del Reglamento, en relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

2. Establecerse mediante la simple afirmación de actual pertenencia y partiendo de la base de propiedades individuales y diferentes una situación de proindivisión sobre la finca resultante, sin articulación de contrato alguno oneroso o gratuito que sirva de causa y justifique la sustancial modificación de titularidad dominical que se atribuye. Ambos defectos se estiman insubsanables, extendiéndose esta nota a expresa petición del presentante.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación y alegó: que, respecto al primero de los defectos consignados en la nota recurrida, no existe infracción de los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 del Reglamento Hipotecario por cuanto la expresión, «siempre que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso», que utiliza el último precepto citado, ha de referirse no a las fincas que son objeto de agrupación, sino a la finca resultante; que de los artículos 348 del Código civil, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria, se desprende la facultad de cualquier propietario para agrupar su finca a la de otro; que con la interpretación dada al artículo 44 del Reglamento Hipotecario por el funcionario calificador se obliga a las partes a una transmisión de participaciones indivisas sobre sus respectivas fincas mediante permuta, compraventa, donación, etc., lo que no responde ni a la voluntad de aquéllas ni a la realidad de los hechos ni a las exigencias del ordenamiento jurídico; que, respecto al segundo de los defectos alegados en la nota recurrida, la situación de proindivisión sobre la finca resultante no se establece mediante la simple afirmación de actual pertenencia, sino a través de un contrato cuyo objeto fue el establecimiento de una comunidad de bienes; que si bien a este contrato no se le designa específicamente, su existencia y celebración resultan de la escritura calificada; que, con independencia del carácter traslativo o no de las modificaciones de entidades hipotecarias, y en concreto de la agrupación, ésta puede instrumentar y servir de vehículo a un negocio sustantivo de modificación de titularidad de fincas; que, constituyéndose en la misma escritura de agrupación una Sociedad limitada a la que se aporta inmediatamente la finca resultante de la agrupación, el tiempo en que los agrupantes infringen supuestamente el artículo 44 del Reglamento Hipotecario es prácticamente inexistente, por lo que, aun no estando el Registrador obligado a atender a esta consideración, bien podría desde un punto de vista práctico tenerla en cuenta.

El Registrador informó: Que desde un punto de vista legal, el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 44, exige que las fincas a agrupar pertenezcan a un dueño o a varios proindiviso; que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1910 y 28 de septiembre de 1927 parecen presuponer tal requisito; que si bien la de 21 de febrero de 1923 permitió agrupar fincas parafenales con una de carácter ganancial, lo hizo por las especiales circunstancias del caso concreto; que desde un ángulo doctrinal impera como criterio más generalizado el de la necesidad de unidad de dominio o de proindivisión; que, por lo que se refiere al segundo punto de la nota, la transmutación de propiedades individuales en un condominio requiere un contrato (art. 609 del Código civil) que debe quedar claro y suficientemente articulado en el documento inscribible (dado el fin de publicidad que persigue la inscripción) teniendo en cuenta que no se trata de demostrar a «posteriori» o por presunciones ante un órgano jurisdiccional los presupuestos de un negocio, sino de reflejar en un Registro Público el contenido de un documento y según precisamente tal documento; que precisamente lo que se echa en falta es el negocio o contrato que produce la comunicación de bienes; que

la afirmación del recurrente de que a efectos prácticos la posible infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario es de poca trascendencia por su momentánea vigencia, dado que la finca agrupada se aporta a la Sociedad inmediatamente, no constituye un argumento jurídico, pudo tener una mayor vigencia temporal, y desde luego, agrupación y aportación social son actos autónomos y por lo tanto no involucrables.

El Presidente de la Audiencia confirmará en todos sus términos la nota del Registrador, por cuanto en la escritura calificada no se hace referencia alguna al negocio jurídico subyacente que origina la agrupación, con lo que se vulnera el artículo 6 del Código civil, al llegarse a un fin —la agrupación—, soslayando los caminos que el ordenamiento jurídico fija para ello, y los artículos 44 y 45 del Reglamento Hipotecario, además de poderse abrir la puerta a posibles fraudes tributarios.

Apelado el Auto presidencial por el Notario recurrente, la Dirección General acordó revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—Este recurso plantea de una parte la cuestión de si es posible agrupar fincas pertenecientes en pleno dominio a diferentes propietarios mediante el correspondiente contrato que crea una comunidad de bienes, y de otra, si admitida esta posibilidad, aparece en la escritura calificada claramente determinado este contrato subyacente que motiva esta situación de comunidad proindivisa.

Como reiteradamente se ha declarado por este Centro directivo, la finca constituye el elemento básico de nuestro sistema hipotecario, y por eso ha merecido una especial atención la regulación legal de su acceso y constancia en el Registro, y de ahí la serie de disposiciones que tratan de esta materia, entre las que nos interesa, a efectos de este recurso, las relativas a la agrupación —art. 44 del Reglamento Hipotecario—, que exige como uno de los requisitos para que la operación registral pueda practicarse el que la finca resultante pertenezca a un solo titular o a varios proindiviso, con objeto de evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario o que un solo inmueble figurase en porciones materiales de dominio separadas perteneciente cada una a distintos dueños.

Desde el punto de vista sustantivo y en base al principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1.255 del Código civil, no hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente, con lo que se evita la viciosa práctica —cada vez menos frecuente— de realizar una previa permuta de cuotas entre todos los propietarios, práctica que se pretendía justificar sin aparente fundamento en una mal entendida literalidad de la norma reglamentaria contenida en el artículo 44.

Considerando, en cuanto al segundo defecto, que el referido negocio de creación de condominio y agrupación aparece constituido con todos sus

elementos en la escritura calificada, sin que obte a ello la carencia de un «nomen juris» específico, al estar suficientemente amparado —como ya se indicó anteriormente— por el principio de libertad de contratación —y dada la ausencia de norma prohibitiva que impida tal negocio, que, por otra parte, se encuentra perfectamente estructurado en su base tanto física, máxime dada la colindancia de las dos parcelas, como jurídica—, al haberse establecido la proindivisión en proporción ideal al valor de las fincas agrupadas, por lo que está plenamente justificada la apertura del folio registral autónomo, que exige —según el repetido artículo 44 del Reglamento— que pertenezca a un solo titular o a dos o más proindiviso.

CONSIDERACIONES CRITICAS

La presente resolución aborda un tema que ha sido muy trabajado por la doctrina y que ofrecía pocas interpretaciones amplias en su posible solución. El fenómeno físico —que tan dejado de lado está cuando se proyecta sobre el Registro de la propiedad— de la agrupación no es tan simple como parece y se relaciona íntimamente con el jurídico que lo permite. La normativa exige que se cumpla un requisito de hecho, cual es la colindancia, y otro de derecho, o que las fincas pertenezcan a un solo propietario o a varios proindiviso. El segundo de los requisitos viene impuesto por la fuerza creada por la situación del hecho material de la agrupación, pues de todos es conocido el principio jurídico que rige el sistema posesorio español: la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Una finca formada por otras dos no admite ni situaciones de posesión simultánea ni titularidades dominicales a favor de dos personas sin determinación de las partes que a cada uno pueda corresponder. El fenómeno inverso a la agrupación, desde el punto de vista jurídico, es la división de la cosa, adjudicando a cada partícipe una parte de finca que pasa a formar una nueva. Por ello, la agrupación exige el fenómeno contrario: formación de un previo o simultáneo condominio.

La solución que al caso se le da por la Dirección creo que encaja los dos previos requisitos que hemos apuntado mediante una interpretación del negocio subyacente que figura en la escritura presentada a inscripción. Extremas son las dos posturas del Notario y Registrador en sus respectivos informes y poco convincente la postura del Presidente de la Audiencia al alegar la posible existencia de un fraude fiscal, cosa que no influye para nada en el problema hipotecario de calificaciones, pues si bien se exige por el 254 de la L. H. el previo pago o justificación del impuesto, el artículo 414 del Reglamento Hipotecario bien que no se «interfieren» nunca, pues el Registrador a lo más que puede llegar es a poner en conocimiento del Delegado de Hacienda los «errores o deficiencias que advirtieren», si lo estimaren procedente.

Como en la Resolución que comentamos se abordan los dos temas que la nota calificadora ofrece, vamos nosotros a separar los problemas distin-

guiendo los requisitos que la legislación impone para llevar a cabo la agrupación y la forma en que esto debe o puede cumplirse.

A) Requisitos legales de la agrupación.

Como hemos visto anteriormente, los requisitos son dos: colindancia y pertenencia en propiedad a una sola persona o a varias proindiviso de las fincas que se agrupen. A ello hay que añadir, hipotecariamente hablando, que ambas fincas consten inscritas previamente o que se inscriban simultáneamente.

El requisito de la propiedad de las fincas a favor de una persona o a varias proindiviso generó en la doctrina una serie de trabajos a través de los cuales se intentó superar la dificultad que la exigencia ofrece. Hipólito Sánchez Velasco, en su trabajo «Problemas en torno a las agrupaciones de fincas pertenecientes a distintos titulares» (A.A.M.N. VI), ofrecía diversas salidas para dichos casos. En el mismo trabajo destacaba las grandes dificultades que había que salvar en aquellos casos en los que la agrupación se pretendía realizar con fincas del patrimonio conyugal, dado el principio de prohibición de contratación entre cónyuges. Este último punto —en forma un tanto marginal lo destacamos por su actualidad— merece atención en los presentes momentos, ya que la reforma llevada a cabo en el Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 suprime el principio prohibitivo de la contratación entre cónyuges (art. 1.323 del C. c.), elimina el principio de inalterabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.392 del C. c.) y permite la existencia del proindiviso entre bienes gananciales y privativos (art. 1.354 C. c.). Como legislación pionera en este aspecto puede citarse la de Concentración Parcelaria (sustituida hoy por la de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) que prevé la posible agrupación de fincas de los cónyuges durante el procedimiento de concentración, concretándose al final en las fincas de reemplazo la cuota correspondiente a cada uno de los cónyuges.

La Rica («Unificación de fincas y sus problemas» R.D.P. 1941) y Martínez Santonja («Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción», Centro de Estudios Hipotecarios, 1950) estudiaban diferentes supuestos de las agrupaciones de fincas, concretamente el del caso de cuotas diferentes en proindiviso y las agrupaciones de fincas hereditarias. Si hemos citado estos trabajos es porque en ellos está el germen de la solución que proporciona la Dirección en el presente caso, pero que ofrece algunas dudas interpretativas.

El requisito de la pertenencia de las fincas colindantes para ser agrupadas de que pertenezcan en propiedad a un solo dueño o a varios proindiviso parece inevitable para ser viable la operación. El Notario, al redactar la escritura que los antecedentes no reflejan con la debida claridad, parece dar por supuesto que ese requisito no puede ser un obstáculo para llevar a efecto la agrupación, ya que da lo mismo que las fincas pertenezcan proindiviso a dos personas que agrupan antes o después de la agrupación o simultáneamente. Su tesis debe apoyarse en esa dirección que marcará La

Rica al entender que «al condicionar su párrafo primero (se refiere al artículo 44 del Reglamento Hipotecario), la inscripción unitaria de varias fincas a la *ratio* de que pertenezcan a un solo dueño o a varios proindiviso, se refiere no tanto a las parcelas o porciones integrantes como a la *entidad resultante*, que en definitiva es lo fundamental, puesto que va a formar una nueva entidad registral, caracterizada como todas por estar sometida a un solo dominio de uno o de varios titulares».

Sin perjuicio de que inmediatamente afrontemos el tema de la forma de llevar a cabo la agrupación, lo que sí parece cierto, aun y a pesar de la inestimable opinión de La Rica, que ni física ni jurídicamente puede llevarse a cabo una agrupación, sin que previa o simultáneamente se forme un condominio cuando las fincas que se deseen agrupar pertenezcan a diferentes personas. Juntar fincas es un problema fáctico, pero unir dominios es un problema jurídico que exige una determinación de participaciones en la totalidad del formado. En esto hay que doblérgase y estimar que la primera falta que el Registrador pone al documento es irreprochable. Ya así lo reconoce la misma Resolución de la Dirección General, aunque luego vuelva la espalda a la premisa de que parte. El segundo de los considerandos de la resolución apunta una idea distinta: «exige como uno de los requisitos para que la operación pueda practicarse el que la *finca resultante* pertenezca a un solo titular o a varios proindiviso, con objeto de evitar el que registralmente puedan existir situaciones de cotitularidad extrañas, como podría ser el supuesto de dominio solidario o que un solo inmueble figurase en porciones materiales de dominio separadas pertenecientes cada una a distintos dueños». Choca abiertamente el último de los incisos del considerando con la definición de finca que hemos admitido tradicionalmente y, una de dos, o hablamos de una finca en proindiviso o no podemos hablar de una finca que materialmente se ha hecho una, pero que jurídicamente es doble porque un trozo corresponde a una persona y otro a otra. Sigo estando con el Registrador en este punto y, por supuesto, me niego a aceptar la tesis notarial de que el artículo 348 del C. c., el 13 y el 38 de la Ley Hipotecaria puedan utilizarse para hacer desprender de los mismos la facultad de cualquier propietario para agrupar su finca a la de otro. Esto es como citar lo del Pisuerga y Valladolid.

Quizá las citas de Resoluciones que haga el Registrador en apoyo de su nota calificadora no sean muy definitivas, ya que la de 10 de mayo de 1910 no tiene relación con el problema «jurídico» de la proindivisión y si con el requisito de la «colindancia», la de 21 de febrero de 1923 más que apoyar su tesis favorece la idea de la transitoriedad de una agrupación no efectuada con arreglo a los cánones legales, pero cuyo resultado final sí se ajustaba a los mismos y la de 28 de septiembre de 1927¹ sea la que más responde a la idea normativa del dominio único o el proindiviso al esclarecer la identidad de los propietarios de las fincas que se agrupaban. Los vistos citan las de 8 de julio de 1914 y 18 de marzo de 1916, que hubieran servido más efectivamente para intentar defender la línea tradicional de la Dirección, aunque la misma frecuentemente se quiebra en aras de unas interpretaciones progresivas de «lege ferenda».

B) Forma en que debe realizarse.

La doctrina que hemos citado anteriormente daba como soluciones viables para llevar a cabo la agrupación de fincas de diferentes propietarios las siguientes: la de realizar una serie de ventas o permutas entre ellos hasta conseguir el resultado apetecido (ruinoso sistema por la amenaza fiscal y de plus valía), recurrir al procedimiento del testaferrero al que se enajenasen la totalidad de las parcelas, el cual, una vez agrupadas, las segregaría y vendería a los primitivos propietarios, constituir una sociedad entre ellos, cuyo capital es representado por los distintos solares y apoyarse en el artículo 392 del Código civil, que prejuzga la existencia de un contrato que regule la comunidad, constituyan un condominio sobre la parcela agrupada.

Resulta curioso cómo la Dirección General abre paso al último de los caminos apuntados por la doctrina, considerando retrógrados los anteriores, que se basaban en la permuta de cuotas. Creo que es importante el considerando tercero, aparte de las críticas que hace a la «viciosa práctica» y a la «mal entendida literalidad» de la norma reglamentaria, pues en él se dispone —y es importante el orden que el considerando respeta en base de la literalidad del precepto que rechaza— de «no hay obstáculo legal que impida el que, a través del correspondiente pacto, los propietarios de diversos inmuebles *puedan constituir un condominio romano sobre la totalidad de los mismos y que a la vez se lleve a efecto el indispensable negocio que agrupe estas fincas en una sola e independiente...*».

¿Es esto lo que hizo el Notario? Es muy difícil saberlo, porque los hechos no dan pie a ello. En su escrito se extiende en la innecesidad de esa viciosa práctica de transmisión de participaciones indivisas mediante permuta, compraventa y donación, pero al llegar a la demostración de la existencia del negocio de comunicación dice que ese contrato «no se le designa específicamente», pero su existencia y celebración «resultan» de la escritura calificada en cuanto de la misma se deduce que la infracción del artículo 44 del Reglamento Hipotecario (lamentable que esto se diga en un informe y que se acepte por la Dirección) es sólo transitoria, ya que la finca se aporta a una Sociedad que se constituye simultáneamente. Resulta sumamente difícil saber lo que el Notario hizo, ya que los hechos o el relato oficial de los mismos no es claro, pero sí es cierto las afirmaciones notariales la existencia de la comunidad hay que inducirla y transitoriamente hay que suponerla, pues la finalidad última es la aportación social a un ente que se crea. Es decir, parece que se obliga al Registrador a una calificación basada en «conjeturas» y esto choca abiertamente con el principio calificador y su normativa del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Aparte de ello, si la finalidad era la constitución de una Sociedad y la aportación a ella de la finca «agrupada», pudo hacerse (incluso desde el punto de vista fiscal) al revés: aportar las fincas al patrimonio y una vez constituida la Sociedad que ésta las agrupase. Ya Hipólito Sánchez Velasco apuntaba esta solución.

El último considerando de la Dirección General me tranquiliza enormemente, ya que parece ser que el Notario —a pesar de su lamentable infor-

me— entiende que de la escritura se deduce la creación de un condominio, aunque no se le designe de esta forma y que el mismo está estructurado en su base física y jurídica (colindancia y proporción ideal de valor de las fincas agrupadas). Verdaderamente que si esto es así no había razón de ser para el Registrador negase la posible inscripción, sobre todo si en la aportación a una comunidad el valor de cada finca se ajusta a la proporcionalidad de cuota que exige el condominio. Que esto sucediera así o no es un problema de valoraciones, pues el Registrador dice que no hubo tal comunicación de bienes (cosa que reconoce el Notario en su informe) y la Dirección, sin embargo, lo admite.

En las sociedades debe distinguirse la representación orgánica del consejero-delegado y la representación voluntaria del gerente, no siendo precisa la renovación del cargo de este último, al actuar a través de la concesión de un poder.

En el ámbito mercantil no es necesario que el poder conferido al gerente sea expreso para hipotecar, ya que comprende todo tipo de contratos sobre objetos del giro y tráfico del establecimiento.

En el recurso gubernativo no pueden tenerse en cuenta documentos posteriores no examinados por el Registrador. (Resolución de 31 de marzo de 1979.)

Hechos

Por escritura autorizada en Valencia por el Notario don Emilio Garnero-Codoñer el 8 de marzo de 1977, don Juan García Blat, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente García Pascual, S. A.», como Director Gerente de la misma, y don Juan Luis Rubert Civera, en representación de «Vicente Trullols, S. A.», formalizaron acuerdo de reconocimiento de deudas y constitución de hipoteca por la primera a favor de la segunda. Son datos esenciales a tener en cuenta que el Notario pone de manifiesto que la Sociedad hipotecante fue constituida en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, destacando los siguientes artículos de sus Estatutos: «Artículo 8: La Sociedad será regida y administrada por la Junta general de accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más Directores-Gerentes o Consejeros-Delegados»; «Artículo 24: La representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración, quien tendrá la gestión de los negocios sociales, para lo cual estará investido de los poderes más amplios, pudiendo celebrar toda clase de actos de administración y de dominio a nombre de la Sociedad, así como en interés de la misma realizar toda clase de operaciones de crédito y giro, disposición de fondos y cualquiera otras que estime oportuno, realizando su formalización en las condiciones que proceda a fin de que puedan surtir sus efectos en derecho, es decir, que sus facultades son ilimitadas en cuanto a la representación de la Sociedad se refiere, incluso para transigir cuestiones y someter aquéllas a la resolución de árbitros, pudiendo otorgar poderes.

de todas clases en las formas y con las facultades que considere oportunas, incluso a Procuradores y Letrados»; «Artículo 25: El Consejo podrá delegar en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la Ley. Para desempeñar el cargo de Director-Gerente de la Sociedad o de Consejero-Delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad». A continuación el Notario autorizante de la referida escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca manifiesta que le consta por notoriedad que el señor García-Blat se halla en el ejercicio del cargo para el que fue designado en la propia escritura fundacional, en la que le fueron delegadas la totalidad de las facultades contenidas en el referido artículo 24.

Presentada primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Torrente fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1) No acreditarse la renovación del nombramiento de don Juan García Blat como Director-Gerente, que fue designado tal en la escritura de constitución de 31 de marzo de 1969 (art. 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 2) Supuesta tal renovación, no haberse acreditado que tenga el Director-Gerente, facultades para hipotecar bienes de la Sociedad, al no constar en qué términos le fue hecha la delegación que permite el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad, y aunque hubiera sido delegación total de las facultades del artículo 24 de los mismos Estatutos, están las mismas limitadas a la gestión de los negocios sociales y es indudable que dentro de esta gestión no puede incluirse la facultad de hipotecar inmuebles. Tomada, a petición del interesado, anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles, durante los cuales podrán ser subsanados los expresados defectos. Esta nota se extiende con la conformidad de los otros dos titulares».

Don Juan Luis Rubert Civera, en nombre y representación de la Compañía mercantil «Vicente Trullols, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que en síntesis mantiene que el cargo de Director-Gerente no precisa de renovación alguna por no ser aplicable a estos cargos el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que se refiere en exclusiva a los Administradores, y que en contra de la afirmación del Registrador, constan en la escritura calificada los términos en que le fue hecha al señor García-Blat la delegación de facultades regulada por el artículo 25 de los Estatutos sociales al decirse «mediante su designación como Director-Gerente», delegándole todas las facultades del artículo 24.

El Registrador mantuvo su calificación en el informe, apoyándose en que el artículo 8º de los Estatutos consideraba al Director-Gerente como verdadero órgano de la sociedad con facultad para administrarla, por lo que según la doctrina de los mercantilistas, al estar previsto su nombramiento en los Estatutos y efectuado en el acto constitutivo de la Sociedad, ha de ser considerado como órgano de administración sujeto al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. y en cuanto al ámbito de poder, el que

sea para hipotecar ha de ser expreso, conforme al artículo 1.713 del Código civil, debiendo ser ratificada la escritura de hipoteca por la junta general de socios.

El Notario autorizante de la escritura de hipoteca emitió informe entendiendo que el otorgante es Director-Gerente y no Consejero-Delegado, por lo que no es aplicable el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por tanto, no se precisa la renovación del cargo; y en cuanto a las facultades, estima que son bastantes amplias.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia solicitó del recurrente la presentación de copia autorizada de los Estatutos de la Sociedad «Vicente Pascual», así como el acta en la que el Consejo de Administración delega las atribuciones a favor de don Juan García-Blat, y al no ser posible al recurrente presentar los mencionados documentos, dado el secreto del protocolo notarial, por no haber sido otorgante de dichas escrituras, en su lugar, aportó una copia simple de las mismas, que obraba en su poder, así como una certificación literal de los asientos e inscripciones en el Registro Mercantil de la Sociedad mencionada, así como otra del Registro de la Propiedad en la que consta la adquisición de un piso por la mencionada Sociedad, efectuada por su Director-Gerente, don Juan García Blat, apareciendo de la primera de las certificaciones que el nombramiento realizado tiene lugar no en el acto constitutivo de la Sociedad, sino en la primera Junta general.

El Presidente de la Audiencia de Valencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y teniendo en cuenta el contenido de los documentos que había solicitado.

Doctrina.—Interpuesta apelación por el Registrador, la Dirección confirma el auto apelado en el sentido de revocar la nota del Registrador, por lo siguiente:

«Considerando que este recurso ha de resolverse tal y como quedó planteado, sin que puedan tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el funcionario calificador —art. 117 del Reglamento Hipotecario—, y todo ello a pesar de la importancia que para la calificación de la cuestión debatida pudieran presentar las nuevas aportaciones realizadas».

«Considerando que el primer defecto de la nota hace referencia a si por no haber sido renovado el nombramiento del denominado en la escritura Director-Gerente no podía éste ejercitar su función, dado lo establecido en el artículo 18 de los Estatutos sociales, que limitan el tiempo de duración del cargo de Administrador designado en la primera Junta general a sólo cinco años o si por el contrario no le es aplicable esta norma al no ostentar el nombrado el carácter de Administrador, puesto que se trata de un simple apoderado no sujeto a plazo alguno, según sostiene el recurrente»;

«Considerando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad —supuesto en que ésta actúa por sí— y el caso en que este tipo de entes actúan —como cualesquiera otros— a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la Ley, y que

es evidente, en el plano teórico y conceptual, no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezcla una u otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo, que hay que tratar de evitar, para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan confuir ambos tipos de representación, ya que a una Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador —incluso Consejero-Delegado, si se estima oportuno por el Consejo— con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el período de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán —de esta forma— afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder»;

«Considerando que en el presente expediente, y de la lectura de los documentos tenidos a la vista por el Registrador, aparecen justificadas las reservas de este funcionario, que tiene su fundamento en el confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos, que no distinguen con la precisión técnica debida los supuestos de delegación de funciones dentro del mismo Consejo y de apoderamientos voluntarios por parte de este último, como puede apreciarse al examinar el artículo 8 de los Estatutos, que parece equiparar Consejero-Delegado a Director-Gerente, o cuando se indica en el artículo 25 que se podrán «delegar» la totalidad o parte de las facultades del Consejo en uno o varios Consejeros-Delegados o Directores-Gerentes, lo que hace en principio presuponer que se está ante un verdadero Consejero al que se han delegado las correspondientes facultades»;

«Considerando, no obstante, y pese a que hubiera sido preferible haber aclarado en la escritura calificada que el comportamiento en la anterior escritura de constitución de la Sociedad había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado —y no limitarse a indicar el fedatario la constancia por «notoriedad» de hallarse el apoderado en el ejercicio del «cargo» con la totalidad de las facultades delegadas—, con lo que de paso habría observado la recomendación hecha en el artículo 146 del Reglamento Notarial y disipado las dudas existentes sobre el particular, es indudable que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil, y que se refiere al desempeño del cargo de Consejero-Delegado o Director-Gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración se deduce, por reducción al absurdo, que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la Ley, y que, en consecuencia, no procede aplicar el plazo de caducidad que para la duración del cargo se fija por la Ley exclusivamente a los Administradores»;

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una tercera persona de las facultades que le han conferido el órgano social en virtud del poder

«correspondiente, procederá, por tanto, examinar si la persona que actuó en la escritura discutida tenía poder suficiente para hipotecar el inmueble de la Sociedad»;

«Considerando que para determinar las facultades que ostente el apoderado habrá que estar a los términos del mandato conferido, con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712 —que distingue entre mandato general y especial— y 1.713, que a su vez lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o por el contrario es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada, lo que se traduce, siguiendo una reiterada jurisprudencia, a que el contenido propio del mandato expreso o especial es el de los actos de riguroso dominio indicados «nominatim» en el correspondiente instrumento, mientras que los poderes generales comprenden todos los negocios del mandante y están limitados a los actos de administración, salvo que se trate de mandato mercantil, en donde, de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio, el Gerente o Factor de una Sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento»;

«Considerando que en el presente caso se ha procedido por las Sociedades interesadas —con similar objeto social— a realizar como consecuencia de las relaciones mercantiles entre ellas una liquidación de las cuentas pendientes, y se ha señalado el saldo resultante, así como la forma y tiempo en que debe ser abonado, con establecimiento de una garantía real sobre inmueble de la Sociedad deudora para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, todo lo cual entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia —y con independencia de la simple enumeración del artículo 24 de los Estatutos— el Consejo de Administración y en consecuencia también lo será el Director-Gerente que con el carácter de factor actúa, al ostentar todas las facultades que al propio Consejo competen y que éste le ha conferido con arreglo al artículo 25 de los Estatutos sociales».

Consideraciones críticas

Son diversas y variadas las cuestiones que la Resolución intenta solucionar y que rozan temas tan sumamente perfilados doctrinalmente que hacen difícil su comentario. Hay un tema central de representación orgánica, otro de representación voluntaria, otro de extensión de facultades por razones de notoriedad y, por último, un problema procedimental que aclara la mecánica rigurosa del recurso gubernativo que sólo puede solucionarse con los documentos que han sufrido la previa calificación registral. Los temas son abiertamente importantes para generar un amplio comentario.

Como en la elección de la forma en que este comentario debe hacerse

pueden mezclarse las cuestiones tratadas y frenar de ese modo su posible claridad descabalgamos el tema del requisito de la documentación al que se refiere el primer considerando que es doctrina muy seguida por la Dirección al exigir que el recurso se resuelva con la documentación inicial que pone en marcha el recurso, y que en este caso se produce cuando la intervención del Presidente de la Audiencia solicita la presentación de copia autorizada de los estatutos y el acta del Consejo de Administración de donde surgen las atribuciones delegadas. Ello no hace más que ratificar lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario. El resto de la resolución tiene dos partes bien diferenciadas que se ajustan a los dos defectos que el Registrador pone en su calificación: falta de renovación del cargo y falta de facultades para hipotecar.

A) Representación orgánica y voluntaria.

El tercer considerando de la resolución acepta la distinción doctrinal de la representación orgánica y la voluntaria. PORPETA CLERIGO (sustitución de poder, A. A. M. N. 1945) lo expuso clarísimamente: «El poder de representación orgánica tiene carácter inmanente. Esto quiere decir que las facultades representativas de que disfruta el órgano no proceden de una delegación, no proceden de otro sujeto de derecho, sino que al ejercerlas el órgano es el propio sujeto representado quien inmediatamente las ejerce por conducto suyo. En la representación eventual ocurre precisamente lo contrario; aquí los poderes funcionan a base de facultades delegadas y la personalidad del apoderado se destaca de la del poderdante, permaneciendo frente a él como una cosa distinta... sólo cabe sustitución cuando el sustituyente opera con facultades que no le pertenecen».

Este mismo autor —antes de la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1951— ya destacaba la posibilidad de la figura del «organicismo de terceros» y decía que al lado del Consejo de Administración llamado a concentrar las más importantes funciones gestoras o representativas, se permite que los componentes de este Consejo sean reclutados entre personas que no tengan el carácter de accionistas. Pero al lado de esta actuación orgánica de la persona jurídica está la posibilidad de la representación eventual. Y aquí es donde se viene a plantear el encuadramiento de las dos figuras que en el tema de la resolución se manejan: el Director-Gerente y el Consejero-Delegado. ¿Son órganos o apoderados?

Las posiciones en el recurso son tajantes. El Registrador entiende que la persona que actúa como Director-Gerente es un órgano de la sociedad y al estar previsto su nombramiento en los Estatutos ha de ser considerado como órgano de administración y sujeto a la renovación quinquenal del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Notario —causante de toda la oscuridad del supuesto, como se desprende del quinto considerando de la resolución— dice que el compareciente lo hace como Director-Gerente y no como Consejero-Delegado, pues en este último caso sí sería necesaria la renovación del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. La Dirección General en el considerando cuarto nos habla de la oscuridad de los estatutos sociales en los que parece equipararse los cargos de Director-

Gerente y Consejero-Delegado, aunque lo que persigue la Dirección es demostrar —como así lo hace en los considerandos tercero y quinto— que un miembro del Consejo de Administración, sea Gerente o Consejero-Delegado, puede al mismo tiempo ser apoderado eventual del Consejo, actuando en el primer caso con representación orgánica y en el segundo con representación voluntaria o eventual, estando en el primero limitada su actuación al quinquenio legal y en el segundo por la amplitud y duración del apoderamiento. La conclusión que saca es que la actuación no era orgánica, sino de apoderamiento eventual.

Y esto es lo que no encaja en la unidad de la Resolución. Con ser importante la distinción entre Director-Gerente y Consejero-Delegado, es más a nuestro entender la diferencia entre la representación orgánica y la eventual del apoderamiento y si resulta que el compareciente actuó no como órgano, sino como apoderado, hay que estar a los términos del poder, sin poder invocar «el giro o tráfico de la empresa» que se reserva para el Director-Gerente o Factor de la Sociedad comercial. Aquí hay una incongruencia que parte la resolución sin posible encaje de sus dos afirmaciones.

Sería positivo intentar llegar a una diferenciación de las figuras citadas, pero entiendo que existiendo monográficamente trabajos como el de FERNANDO RODRIGUEZ ARTIGAS («Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración») o el de JUAN LUIS IGLESIAS PRADA («Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima»), ambos recensionados por mí hace tiempo, lo que ahora pueda ya decirse es repetición. Si resulta importante, sin embargo, destacar cómo esta doctrina sienta como base diferencial de las figuras las ideas de «delegación y apoderamiento» que hacen surgir en el primer caso al «Consejero-Delegado» y a la «Comisión ejecutiva» y en el segundo al Director General, Gerente o simple apoderado singular. Mi compañero JOSE MANUEL GARCIA GARCIA («Comentario a esta misma Resolución» en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 547, 1981) hace un alarde expositivo para llegar, partiendo de la diferenciación entre representación orgánica y voluntaria, a la diferenciación de las figuras citadas, destacando la del Gerente estatutario y afirmar, por último, que en el caso contemplado había indicios a favor de la configuración como Consejero-Delegado y no como Gerente del compareciente. Y en este punto sí resulta constructivo la opinión de este autor, que plantea el interrogante de si cuando la persona en quien se delegan facultades es miembro del Consejo de Administración puede subsistir la duda de si puede estarse ante un Consejero-Delegado o un Gerente, pero si no es así y la persona es ajena a la sociedad, podría intentarse un esfuerzo interpretativo para descubrir la figura de un Gerente al que habría que conferir un poder para actuar.

La solución que la Dirección General arbitra en este caso tiene la virtud de no convencer. Falta algo en esas piezas que no encajan plenamente. Parece que se va a dar la razón, por razones de prudencia y de interrogación ante el caso, al Registrador, pero el Notario, especie de «ente necesitado de protección», a pesar de sufrir una reprimenda, llega a salirse con la suya sembrando una confusión doctrinal en algo que debió estudiarse con más.

profundidad. Salvar un instrumento público tiene unas buenas razones sociales, pero hay que hacerlo con un decoro jurídico que los razonamientos de la Dirección ni logran, ni siquiera creo que lo pretendieron.

Me sigue preocupando mucho la idea de que en la representación orgánica no cabe la sustitución, según la tesis de BERGAMO, y no entiendo muy bien ese negocio que parece realizarse en el caso concreto de esta resolución, en el cual se nombra un Director-Gerente «delegándole» las facultades que el artículo 24 de los estatutos conceden al Consejo de Administración. ¿La delegación es apoderamiento o es cosa distinta? Conviene preguntárselo, ya que en esa delegación de facultades está incluida la de otorgar poderes, lo cual supone que el Gerente apoderado puede a su vez otorgar poderes a favor de otra persona. Quizá todo ello esté ya resuelto, pero la contradicción entre el artículo 1.721 del C. c., que admite la sustitución si no existe prohibición, y la del artículo 261 del C. de c., que prohíbe la sustitución sin una autorización expresa, ponen ciertos interrogantes en la interpretación de esa delegación que hacia una persona que puede o no a su vez sustituir.

B) Facultades para hipotecar.

Hemos apuntado antes que la Dirección parte de la base notarial de que el compareciente en su calidad de Director-Gerente no ostenta una representación orgánica, sino de apoderamiento que parece derivarse de esa delegación de facultades que admite el artículo 25 de los estatutos con la amplitud de contenido del artículo 24 o «gestión de negocios sociales». El Registrador, siguiendo esa constante pauta que marca la Dirección General y repite el Código civil de que para hipotecar y realizar actos de riguroso dominio se necesita mandato expreso, niega la inscripción y exige la justificación de tal extremo.

Cuando después de varios años de estudio tiene unos criterios inmutables sobre las dicciones legales, parece abrírselo la tierra jurídica con el gran deseo de hacerle desaparecer. No sé de dónde la Dirección General ha podido sacarse esa «disparidad de redacción» entre los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, hablando el primero de «mandato general y especial» y el segundo de «mandato en términos generales y mandato expreso». Al hilo de mi comentario he consultado el que hace JOSE MANUEL GARCIA GARCIA y veo con satisfacción que coincide en mi apreciación y que, no contento con ello, cita doctrina capaz de aplacar todo intento de defensa de postura contraria.

Después de esta desafortunada salida jurídica de la Dirección culmina todo su razonamiento con algo que no tiene explicación. Habíamos partido de que el Director-Gerente actuaba por medio de un apoderamiento (o si se quiere delegación) y que, por tanto, no era un órgano social y debía de atenerse, por ello, al mandato expreso que hubiera recibido. Pues bien, a la hora de sacar conclusiones y defender a ultranza la postura notarial se acude al Código de comercio y se habla del Gestor, Factor «facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento». No, eso no puede admitirse, pues el artículo 283 del C. de comercio —suponiendo que pueda

ser aplicable al caso— habla de «más o menos facultades», según haya tenido por conveniente el propietario y aquí parece partirse de una especie de representación orgánica con plenitud de facultades.

También se cita como argumento poderoso por la Dirección el artículo 286 del Código de comercio, que creo recordar NÚÑEZ LAGOS utilizaba hábilmente para divulgar la idea de la notoriedad del cargo y la actuación del factor. Pero es que la Resolución sigue confundiendo situaciones, mezclándolas y rompiendo la unidad de la argumentación. ¿Qué tendrá que ver aquí la notoriedad del factor con el poder expreso que el Director-Gerente ha recibido para la realización de los actos objeto de inscripción? Son ganas de complicar las cosas y de no acertar a señalar el camino claro que podría haber llevado a exigir unas justificaciones de todo lo que el Notario afirma para redactar el instrumento. Aquí hay un poder expreso —por delegación— inscrito o no en el que habrá que investigar si comprende el acto de constituir hipoteca que por el imperio territorial de la Ley Hipotecaria y, por supuesto, del Código civil como legislación supletoria, exige poder especial y bastante. ¿Podrá el tráfico mercantil eludir esta exigencia y ser excepción a la regla general? Yo entiendo que mientras esto llegue —que igual llega, como han llegado otras cosas— el Registrador que debe calificar con arreglo a la «lege data» debe muy bien tener en cuenta aquello de que para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso», no vaya a ser que luego alguien diga, ¿y por qué no impugnamos esta inscripción y exigimos responsabilidad al funcionario? Cuando jugamos con responsabilidad, apartemos veleidades, aunque sean tan sugestivas como las del «giro o tráfico del establecimiento». Ya sé que antes las noches eran desde que se ponía hasta que salía el Sol y ahora ni se mencionan en el Código civil y sí en el prosaico Código de la circulación.

II. RESOLUCIONES

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON, Registrador de la Propiedad

1. ADJUDICACION HEREDITARIA DE EXPLOTACION FAMILIAR, REQUISITOS

1.º Es necesaria la liquidación de la sociedad conyugal de un matrimonio Aragonés disuelto por fallecimiento intestado del marido, como operación previa a la adjudicación mortis cauas del único bien existente, constituido por una explotación familiar, inscrita como consorcial.

2.º Es precisa para dicha adjudicación mortis causa la declaración judicial de herederos y la partición correspondiente con intervención de éstos. (Resolución de 1 de abril de 1980, «B. O. E.» de 26 de mayo.)

A) *Antecedentes de hecho*: El 20 de abril de 1976 el Notario recurrente autorizó la escritura de adjudicación mortis causa de un lote de colonización procedente de concesión del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, a favor de don Jesús I. D. como nudo propietario de la totalidad, y de su madre, viuda, doña Petra D. F., en usufructo de viudedad, también sobre la totalidad de la explotación familiar. En la escritura se parte de la titularidad privativa de la explotación por parte del causante, que falleció sin testamento, por lo que cumpliendo lo previsto en el artículo 35 y concordantes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, corresponde la adjudicación mortis causa de la explotación al único legitimario cooperador habitual de la misma, circunstancia que se prueba por un acta de notoriedad que se acompaña a la escritura. Por considerar el lote privativo del causante y no existir otros bienes que pudieran tener carácter consorcial, no se formalizó la liquidación de la Sociedad conyugal. No se hizo comparecer en la escritura a los demás hijos del causante, por estimar que éstos no eran cooperadores habituales de la explotación, y ningún derecho podrían tener sobre la misma, ni se acompañó a la escritura auto judicial de herederos abintestato por estimar que no era necesario para este tipo de adjudicaciones.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue denegada su inscripción «porque tratándose de una adjudicación de bienes hereditarios, aunque sean procedentes de una concesión del IRYDA, se precisa, previa liquidación de la sociedad conyugal disuelta, el documento particional otorgado por todos los herederos, acompañada del título sucesorio y documentos complementarios», citando el Registrador a continuación los preceptos legales en que se basa.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Titularidad de la explotación y régimen económico matrimonial*.—La existencia de una explotación familiar da origen a una peculiar situación que es debida a la circunstancia de que la titularidad de la misma corresponde a una persona, que al poder estar casada en régimen de comunidad de bienes, puede provocar aparentemente una desarmonía entre la finalidad pretendida por la IRYDA de mantener unitaria la explotación y los derechos que pueden surgir a favor de los partícipes de cualquiera de las modalidades de

estos tipos de comunidad. Se está ante una disociación en que, por una parte, la titularidad del derecho aparece atribuida a uno de los esposos, y por otro lado, hay que tener en cuenta la naturaleza del bien adquirido, que seguirá las vicisitudes propias del régimen comunitario existente.

b) *Carácter de la explotación.*—Al estar el matrimonio sujeto al consorcio foral aragonés, y dado que los bienes comprados por el marido —y que constituyen la explotación familiar a través de la adjudicación hecha por el IRYDA— lo fueron durante el matrimonio, no cabe atribuir a estas adquisiciones el carácter de privativas, sino que, con arreglo al artículo 37 de la Compilación aragonesa, tendrán el carácter de consorciales, y así figuran en los libros del Registro, y será necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal, que al practicarla habrá que tratar de coonestarla con la finalidad pretendida por la ley especial de mantener indivisa la explotación, ya sea a través de la adjudicación de otros bienes del consorcio al viudo, ya sea, caso de no haberlos, mediante la correspondiente compensación en metálico.

c) *Régimen sucesorio de la explotación.*—El artículo 35, 1 de la IRYDA establece que las transmisiones mortis causa se ajustará a las disposiciones del Código civil o del Derecho foral correspondiente, salvo las excepciones que contempla el mismo precepto legal y que están dirigidas a mantener la indivisibilidad de la explotación. Por tanto, al haber fallecido intestado el causante (titular de la explotación), será necesario, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, la declaración judicial de herederos. Y al existir otros hijos del causante habrán de concurrir como herederos forzosos al otorgamiento del documento particional, sin que sea título bastante la auto-adjudicación realizada por vía unilateral por el propio interesado.

NOTA.—El problema central que plantea el caso debatido reside en determinar el orden de fuentes legales aplicable a la sucesión «mortis causa» de una explotación familiar. Según el artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, «las transmisiones mortis causa de las tierras, viviendas y demás elementos de la explotación, y no constitutivos de patrimonios familiares, se ajustarán a lo dispuesto en el Código civil o en las disposiciones de Derecho especial o foral, con la excepción de las reglas contenidas en este artículo». Regulando el artículo 35 exclusivamente en orden sucesorio especial, y la obligación de compensación en metálico que del mismo se deriva —además de las consecuencias registrales y crediticias de tal obligación—, en todas las demás cuestiones sucesorias impone la aplicación del Derecho civil, común o foral, que determine la vecindad del causante. No cabe eludir, por tanto, en base al citado precepto, la declaración judicial de herederos abintestato ni la partición hereditaria. El Estatuto de la explotación agraria familiar y de los agricultores jóvenes, de 24 de diciembre de 1981, que deroga expresamente este artículo 35, en sus apartados 1.º, 2.º, 3.º y 7.º, y regula con mayor detalle su contenido, aclara este problema de prelación de fuentes, al decir en su disposición final primera que las disposiciones del Estatuto tendrán 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.

2. ANOTACION DE EMBARGO SOBRE INMUEBLE SUJETO A PROHIBICION DE DISPONER

Es posible la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre la nuda propiedad de un inmueble sujeto a una prohibición de enajenar y gravar impuesta por la donante, que se reservó además la facultad de venderla en caso de necesidad. (Resolución de 23 de octubre 1980, «BOE» del 10 de noviembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Como consecuencia del proceso ejecutivo iniciado contra don Antonio M. C. por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia, se dictó providencia ordenando la expedición de mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad, con el fin de practicar anotación de embargo sobre una finca propiedad del deudor. El Registrador denegó la práctica de la anotación ordenada, por el defecto insubsanable de figurar inscrita la finca embargada con prohibición de enajenarla ni gravarla durante la vida de la donante, doña Antonia C. M., sin su consentimiento, y reservada a favor de dicha donante la facultad de vender la finca en caso de necesidad; apareciendo además el usufructo de dicho inmueble inscrito a favor de doña María M. P.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Naturaleza de la donación con reserva de disponer*.—La donación con reserva de la facultad de disponer aparece regulada en el artículo 639 del Código civil y ha de ser tratada como una donación sujeta a condición resolutoria, dado que su actual propietario puede verse privado del dominio del bien transmitido, si se ejercita por el donante la facultad que se reservó, y en consecuencia no puede desconocerse que cabe practicar la anotación preventiva de embargo sobre el inmueble donado, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del propietario.

b) *La prohibición de enajenar y el embargo*.—La prohibición de enajenar válidamente establecida con arreglo al artículo 26 de la Ley Hipotecaria impide todo acto de disposición sobre el inmueble y comoquiera que el embargo está dirigido a procurar la venta del bien embargado, hay que concluir que de los asientos registrales surge un obstáculo que parece en principio impedir la anotación solicitada.

No obstante lo anterior, es preciso observar que la titularidad dominical del deudor puede consolidarse en su momento plenamente, ya que la prohibición de enajenación del bien es puramente temporal, y si desaparece la causa que la justifica, recobra el inmueble la libertad de poder ser transmitido, ya que tal prohibición en este caso no es más que un complemento de la reserva de la facultad de disponer y sujeta como esta última a idéntica condición resolutoria; por ello, dada la finalidad cautelar de la anotación que se solicita, no hay obstáculo para la práctica de la anotación, si bien sujeta a las limitaciones hoy existentes.

NOTA.—Se plantea aquí la situación de que, figurando una prohibición de disponer inscrita, se ordene luego la práctica de una anotación preventiva de embargo. Frente a la tesis de ROCA, que se pronuncia por un «cierre absoluto y sin distinguos», tesis compartida por un sector doctrinal mayoritario, LA RICA afirma que «la anotación de prohibición no puede obstar a la práctica de otras anotaciones posteriores, por ejemplo, de embargo» (después de indicar que los efectos

de las prohibiciones de enajenar *anotadas* podrían extenderse por analogía a las prohibiciones de enajenar *inscritas*). Entiende LA RICA que la prohibición de disponer no cierra el Registro: a) Para los actos dispositivos anteriores, salvo el caso especial de las anotaciones de prohibición de enajenar decretada en juicio de quiebra, por el mecanismo de la retroacción; b) Para los actos dispositivos posteriores que se basen en asientos registrales vigentes y anteriores a la anotación; c) Para los actos de enajenación de carácter forzoso decretados por causa de utilidad pública; d) Para los actos que no impliquen disposición y que producen en el Registro asientos que no son inscripciones, tales como anotaciones de embargo... («Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», pág. 239, edic. de 1976). RIVAS TORRALBA afirma con gran acierto (en «Sobre las anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», R. C. D. I., núm. 543, año 1981), que el efecto propio de las anotaciones voluntarias de prohibición de enajenar en el de provocar el cierre del Registro a los actos dispositivos que no se conformen con la prohibición impuesta por el testador o donante, y que emanen de la voluntad del donatario, heredero o legatario gravado; «de modo que, por una parte, sólo impiden la inscripción de los actos expresamente prohibidos y parece claro que ningún testador ni donante podría prohibir el embargo de los bienes donados o heredados, y por otra, el acto dispositivo que pueda producirse en su día no tendrá origen en la voluntad del gravado con la prohibición, sino en el derecho de los acreedores a hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil». Creemos, por tanto, para concluir, que inscrita una prohibición de disponer, podrá practicarse una anotación de embargo, pero el embargo sólo recaerá sobre el derecho gravado, y el rematante adquirirá dicho derecho con la limitación que tal gravamen implica.

3. BIEN INSCRITO COMO GANANCIAL. SU RECTIFICACION REGISTRAL

La naturaleza presuntivamente ganancial de un bien no puede ser alterada en base a que en una escritura posterior de hipoteca la interesada alegue su estado civil de soltera. (Resolución de 8 de mayo de 1980, «BOE», de 20 de junio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura de 24 de julio de 1979, y con ocasión del préstamo hipotecario que las hermanas A. B. concedieron a doña Dolores C. P., se hizo constar por la última el error padecido en la escritura de adquisición del terreno de 9 de marzo de 1960, en la que se hacía constar que era «casada» y que hacía uso «de la licencia marital» que su esposo le tenía concedida, cuando de conformidad con lo determinado en la disposición transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil y el artículo 51 del Código civil, era soltera, solicitando del Registrador de la Propiedad que lo hiciese constar en la inscripción de dicha finca.

Presentada primera copia en el Registro, fue suspendida la rectificación del presunto error y, por ende, la inscripción de la hipoteca, por no realizarse la rectificación según el apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos relativos a dicho estado.*—Según el artículo 2 de la LRC, el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos relativos a dicho estado, y según reiterada Jurisprudencia de la Dirección General, en tanto no sea rectificado en el procedimiento adecuado, el posible asiento inexacto produce todos sus efectos legales.

b) *Rectificación en el Registro de la Propiedad*.—Para la rectificación solicitada en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria, habrá de obtenerse el consentimiento del titular registral —que en este caso son ambos cónyuges— o la correspondiente resolución judicial.

c) *Rectificación en base a documentos fehacientes*.—No obsta al anterior criterio la singular doctrina contenida en la Resolución de 5 de mayo de 1978 de no ser procedente la aplicación del artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, ya que al existir unos asientos contradictorios en los libros del Registro Civil todavía no rectificadas, impiden, en tanto no se resuelva esta contradicción, el que puedan ser estimados con aquel valor por el Registrador.

4. CANCELACION DE CARGAS

El medio adecuado para poder cancelar las inscripciones y anotaciones de créditos no preferentes al del Estado, en caso de enajenación judicial de la finca o derecho embargado en virtud de procedimiento de apremio, es el correspondiente mandamiento cancelatorio expedido por el Recaudador o Agente ejecutivo, pero no la escritura de venta, que sólo es título hábil para poder cancelar la anotación preventiva de embargo practicada a favor de la Hacienda. (Resolución de 18 de febrero de 1980, «BOE» de 4 de marzo).

Antecedentes de hecho: Al no ser la escritura discutida título hábil para interponer el recurso, por haberse practicado las operaciones que de ella se derivan, la Dirección General declaró la no admisión del recurso, sin entrar en el examen de fondo, y limitándose a hacer la consideración antes expuesta.

5. CANCELACION DE CONDICION RESOLUTORIA EN GARANTIA DE PRECIO APLAZADO

Es posible extender el asiento de cancelación adecuado, sin el consentimiento del acreedor, en caso de venta de inmueble con precio aplazado y condición resolutoria explícita, mediante la presentación en el Registro del acta notarial en la que se acredita por el deudor haber satisfecho la totalidad de la cantidad aplazada de pago al tener en su poder las letras de cambio que se reseñaron en la escritura de compraventa y en la que no se previó ninguna cláusula por la que prestase anticipadamente su consentimiento para la cancelación dicho acreedor. (Resolución de 30 de mayo de 1980, «BOE», de 10 de julio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura otorgada el 17 de abril de 1969, don Juan P. A. compró a la Sociedad «G. S. A.» un piso sito en Madrid, aplazándose parte del precio para ser satisfecho por el comprador a la sociedad vendedora en trece mensualidades representadas por otras tantas letras de cambio reseñadas en la escritura, y pactándose además como garantía la condición resolutoria explícita. Mediante acta notarial posterior, don Juan P. A. justificó el

pago de la total cantidad aplazada mediante la exhibición de las trece letras de cambio, solicitando la constancia registral del pago y la cancelación de la condición resolutoria. Presentada copia de la mencionada acta en el Registro, fue denegada la cancelación de la condición resolutoria por no prestar su consentimiento el acreedor, conforme exigen los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 179 de su Reglamento, y no darse el supuesto previsto en el párrafo 2.º del citado artículo 82.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Falta de regulación legal del pago del precio garantizado con condición resolutoria.*—Si bien el artículo 59 del Reglamento Hipotecario ha contemplado el cumplimiento de la condición por impago del precio, no ha previsto, ni aparece regulado en ningún otro precepto, el supuesto de que al pagar el precio el comprador quede incumplida la condición resolutoria, pues el artículo 58 de dicho Reglamento se refiere exclusivamente al supuesto de aplazamiento de pago del precio sin haberse establecido condición alguna.

El artículo 23 de la Ley Hipotecaria establece con carácter general la manera de hacer constar en el Registro el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias, pero no señala la forma de justificar este cumplimiento, lo que plantea una delicada cuestión de técnica hipotecaria.

b) *Justificación del pago.*—Siempre que aparezca debidamente justificado el hecho de este pago que arrastra como consecuencia la extinción del derecho de crédito del acreedor, habrá de practicarse la nota marginal cancelatoria a que se refiere el artículo 23 de la Ley, sin necesidad del consentimiento de dicho acreedor cuando se den las circunstancias exigidas en el párrafo 2.º del artículo 82 de la misma Ley. En la escritura de compraventa se reseñaron las trece letras de cambio, y el que ahora se encuentran en poder del comprador, según resulta del acta notarial levantada, justifica el hecho —pago— que ha originado el incumplimiento de la condición resolutoria establecida.

c) *Analogía con la cancelación de hipotecas en garantía de títulos endosables.* Si el artículo 156 de la Ley Hipotecaria autoriza la cancelación parcial de esta clase de hipotecas con la presentación del acta notarial en la que conste estar recogidas y en poder del deudor debidamente inutilizadas obligaciones por un valor equivalente al importe de la hipoteca parcial que se trata de extinguir, más justificación tiene esta técnica registral en un supuesto como es el de cancelación de una condición resolutoria.

NOTA.—Partiendo de que la constancia registral del pago del precio aplazado se realiza de forma distinta si el aplazamiento se ha pactado con o sin garantía, y en el primer caso, según que la garantía sea la hipotecaria o la «lex commissoria» (es innecesario recordar el pleonasma que implica hablar de «pacto de lex commissoria»), la Resolución de 30 de mayo de 1980 pone de relieve que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario sólo contempla el pago del precio aplazado sin garantía; en este caso, la forma de hacerlo constar será la nota marginal, que se extenderá en virtud de escritura pública (así lo entiende ROCA, basándose en una concepción negocial del pago). Como advierte una antigua Resolución de 11 de enero de 1864, tal constancia del pago sólo es posible si constaba registralmente el aplazamiento. Es interesante la Resolución de 8 de enero de 1921, que permite la extensión de la nota marginal acreditativa del pago del precio aplazado sin garantía, en virtud de acta notarial, por figurar inscrito el pacto de que la constatación tendrá lugar mediante la presentación de la misma.

Si la garantía consiste en condición resolutoria, se plantea esa «delicada cuestión de técnica hipotecaria» que aborda la resolución expuesta: siguiendo la doctrina sentada en la Resolución de 18 de enero de 1945, la de 30 de mayo de 1980 declara la aplicación de las reglas generales de expresión registral de incumplimiento de condición resolutoria inscrita. Se tratará en este caso de una nota marginal cancelatoria (para la que la doctrina exige la específica capacidad para cancelar), y sólo podrá practicarse en virtud de escritura pública. No obstante, cuando el precio aplazado y garantizado con pacto comisorio está garantizado por letras de cambio, la resolución expuesta, confirmando la práctica notarial y registral y el propio criterio jurisprudencial contenido en la reciente Resolución de 18 de noviembre de 1978, y basándose en la aplicación analógica del artículo 156 de la Ley Hipotecaria, admite el acta notarial de presencia acreditativa de estar el adquirente en posesión de las letras. Por último, debe tenerse en cuenta la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en que se declara no inscribible un pacto contenido en una escritura de compraventa por el que se acuerda la cancelación automática de una condición resolutoria que garantiza el precio aplazado, por el transcurso de un plazo de tiempo, considerando que atenta contra el principio de rogación y vulnera el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

6. CANCELACION DE INSCRIPCION POR SENTENCIA

No puede inscribirse una sentencia ordenando la cancelación de una inscripción, si la demanda no se ha dirigido contra todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar concede algún derecho. (Resolución de 25 de septiembre de 1980, «BOE» de 8 de octubre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Presentado en el Registro de la Propiedad el testimonio de una sentencia que declaraba la nulidad de una inscripción de servidumbre, fue denegada su inscripción: 1.º por no coincidir los demandados con los titulares de dominio o derechos reales vigentes en el Registro; 2.º por no ofrecer el testimonio presentado suficientes garantías de autenticidad, debido a la heterogeneidad de los folios presentados en fotocopia y la falta de rúbrica de los mismos.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Rectificación de un asiento inexacto por nulidad del título.*—El artículo 40, d) de la Ley Hipotecaria establece que cuando la inexactitud que publique un asiento registral derive de la nulidad o defecto del título, la rectificación de este asiento precisará el consentimiento del titular o en su defecto resolución judicial, y en este último caso, la demanda se dirigirá contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar concede algún derecho.

b) *Calificación registral de documentos judiciales.*—Ha sido correcta la actuación del funcionario calificador, al tener en cuenta la omisión consistente en no haber sido demandados en el proceso todos los titulares dominicales, por estar dentro de los límites que autoriza el artículo 99 del Reglamento Hipotecario en orden a la calificación de un documento judicial.

c) *Asientos afectados por la rectificación.*—La servidumbre de luces y vistas controvertida aparece en el Registro establecida a favor del total inmueble, que es un edificio en régimen de propiedad horizontal, por lo que la nulidad pretendida afecta tanto a la inscripción principal de la finca como a las inscripciones

de las resultantes que figuran en folio separado, al estar íntimamente correlacionadas entre sí y con los elementos comunes del inmueble.

7. CANCELACION DE PROHIBICION DE ENAJENAR MEDIANTE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

Puede cancelarse la prohibición de enajenar que pesa sobre un inmueble perteneciente a una Fundación benéfica particular, en virtud de la Resolución dictada por la Dirección General de Servicios Sociales. (Resolución de 30 de septiembre de 1980, «BOE» de 16 de octubre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: La Madre Visitadora de las H. de la C. de S. V. de P., titular exclusiva del Patronato de la Fundación «Hospital San Francisco de Paula», instó expediente de cambio de fines de la Fundación, y consiguiente autorización de desafectación del inmueble de dicho hospital y supresión de la prohibición de enajenar establecida en los Estatutos. La Resolución de la Dirección General de Servicios Sociales de 19 de septiembre de 1978 autorizó el cambio de fines, la desafectación y la venta —salvo la capilla—, pero presentada en el Registro fue denegada su inscripción: 1.º, por contradecir la prohibición de disponer contenida en los Estatutos inscritos, prohibición que está bajo la salvaguarda de los Tribunales; 2.º, por no constar el dictamen del Consejo de Estado que exige el artículo 67 de la Instrucción de 14 de mayo de 1889; 3.º, por no describirse el inmueble conforme a los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario; 4.º, porque, en el supuesto de que el título se declarara inscribible por su fondo, sería necesario otorgar el título oportuno de división o segregación del inmueble, con el fin de inscribir separadamente, si procede, la edificación destinada a capilla, y en ella el derecho de sepultura perpetua a que la citada Resolución se refiere.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Valor de las resoluciones y providencias administrativas.*—Conforme a reiterada doctrina de la Dirección General, las resoluciones y providencias dictadas por las autoridades administrativas en los asuntos de su competencia, mediante los procedimientos establecidos en las leyes, tienen la misma fuerza que las de los Tribunales ordinarios, siempre que dichos acuerdos tengan el carácter de firmes por haberse agotado los recursos concedidos contra los mismos o por no haberse entablado éstos por los interesados.

b) *Ambito de la calificación registral respecto de los documentos administrativos.*—En consecuencia, y según lo establecido en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario para los documentos judiciales, aplicable con las debidas adaptaciones al documento administrativo, la calificación de los Registradores se limitará a examinar la competencia de la autoridad administrativa, la congruencia de lo mandado con el procedimiento seguido, las formalidades extrínsecas del documento y los obstáculos que puedan surgir del Registro, sin que puedan entrar en el examen del fundamento de la decisión adoptada.

c) *Diferencia entre la calificación registral de documentos judiciales y la de documentos administrativos.*—Ha declarado reiteradamente la Dirección General:

que, dentro de los límites de su función, goza el Registrador de una mayor libertad para calificar el documento administrativo que el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y reglamentos.

d) *Sujeción de la Administración a las normas hipotecarias para obtener la extensión de un asiento.*—Si es indudable la facultad de la Administración para modificar gubernativamente los fines de una Fundación, también lo es que en el ejercicio de la misma ha de someterse a los preceptos de la legislación hipotecaria, cuando se pretenda obtener la extensión de un asiento en el Registro de la Propiedad, que en este caso es la cancelación de la prohibición de enajenar que pesa sobre el inmueble.

8. CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS SUJETOS A SUSTITUCION FIDEICOMISARIA

En la sustitución fideicomisaria a término, los fideicomisarios pueden disponer de su derecho en firme, y, en consecuencia, cederlo a otras personas. (Resolución de 4 de febrero de 1980, «BOE» del 21).

Doctrina de la Dirección: *Efectos de la sustitución fideicomisaria a término y condicional.*—Si el testador quiso establecer que la muerte de la fiduciaria fuera sólo el evento del que dependa la efectividad del derecho por parte de los fideicomisarios, pero no la adquisición del derecho mismo, que tuvo lugar al fallecer el testador, se está ante una sustitución fideicomisaria a término regulada en el artículo 784 del Código civil, y en ella los beneficiarios pueden disponer de su derecho en firme, y, en consecuencia, cederlo a otras personas.

Si, por el contrario, se trata de una sustitución fideicomisaria condicional, hay que esperar el momento del fallecimiento de la fiduciaria —artículo 758 del Código civil— para determinar quiénes serán entonces los fideicomisarios.

9. EMBARGO POR IMPAGO DE CONTRIBUCIONES

En caso de impago de la Contribución Territorial Urbana por el usufructuario, sólo procede practicar anotación preventiva de embargo sobre el usufructo, y no sobre el pleno dominio de la finca. (Resolución de 29 de mayo de 1980, «BOE» de 10 de julio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Ante el impago por los usufructuarios de una casa de la Contribución Territorial Urbana, el Recaudador de Tributos acordó embargar el pleno dominio de dicha finca y proceder a la ejecución de la hipoteca legal tácita que pesa sobre dicha casa, y procedió a expedir el correspondiente mandamiento de embargo. Presentado éste en el Registro, se expresó por el Registrador en la nota el haberse practicado la anotación «pero sólo en cuanto al usufructo de la finca, único derecho inscrito, cuyos conocidos titulares son los obligados al pago de las contribuciones, de conformidad con el artículo 504 del Código civil; consecuentemente se deniega en cuanto a la nuda propiedad, por

ser además inexistentes sus titulares hasta el cumplimiento de las condiciones establecidas para su nacimiento y determinación».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Sujeto pasivo de la Contribución Territorial Urbana*.—El artículo 16 del texto refundido de la Contribución Territorial Urbana considera al usufructuario sujeto pasivo de la misma, y de conformidad con el artículo 504 del Código civil, el pago de dicha contribución es de cuenta del usufructuario.

b) *Bienes sobre los que recae la hipoteca legal a favor del Estado*.—El Estado goza de hipoteca legal para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles, pero sólo sobre los bienes de los contribuyentes, según establece el artículo 168, 6.º de la Ley Hipotecaria, el artículo 1.923 del Código civil y el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación.

10. EXPEDIENTE DE DOMINIO. COINCIDENCIA CON FINCA YA INSCRITA

No puede inscribirse en el Registro de la Propiedad un auto judicial que declare acreditado el dominio de una finca, cuando de la certificación registral que obra en el expediente aparece la posibilidad de coincidencia en todo o en parte con otra ya inscrita, sin que esta circunstancia aparezca ni desvirtuada en el mencionado auto judicial ni, en su caso, salvada mediante el procedimiento de reanudación del tracto sucesivo interrumpido. (Resolución de 2 de julio de 1980, «BOE» de 15 de agosto).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: La entidad mercantil «C. S. A.» promovió expediente de dominio para la inmatriculación de una finca de su propiedad, y habiendo recaído auto aprobatorio, se presentó en el Registro, donde fue denegada su inscripción por los siguientes defectos, entre otros que no fueron objeto del recurso: 1.º No describirse la finca según exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51, 3.º del Reglamento... 5.º No constar que se haya efectuado la citación a algunos colindantes, vulnerándose así el artículo 201 de la Ley Hipotecaria. 6.º Existiendo duda muy fundada de que, al menos en gran parte, la finca sea sobrante de vía pública, no consta que se haya citado al Ayuntamiento de Madrid, además de como colindante, lo que sí se hizo, como titular del camino. 7.º Habiéndose consignado en la certificación registral la probabilidad de que la finca objeto del expediente coincidiese con la finca 357, no procede admitir la inscripción del expediente de dominio por aplicación del artículo 300 del Reglamento Hipotecario.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Problemática de la inmatriculación*.—Una de las mayores preocupaciones del legislador en materia inmobiliaria se concreta en el acceso de la finca a los libros registrales, por ser la base sobre la que descansa nuestro sistema hipotecario, y por eso trata de adoptar todo tipo de garantías en tanto la institución catastral no esté debidamente coordinada con el Registro de la Propiedad (como pretende el Real Decreto de 3 de mayo de 1980),

y de ahí que en reiteradas Resoluciones la Dirección General haya señalado el especial cuidado que en este extremo han de poner los funcionarios calificadores a fin de evitar los perjuicios que se derivarían de una doble inmatriculación.

b) *Expresión incompleta de un lindero.*—Si bien en general la expresión incompleta de un lindero no constituye obstáculo decisivo para la práctica de la inscripción cuando la finca está plenamente identificada, no sucede lo mismo en este caso concreto al encontrarse en entredicho su propia identificación, por lo que aparece justificada la cautela del Registrador, que ha tendido a salvar el principio de especialidad tan fundamental en nuestro sistema.

c) *Ámbito de la calificación registral respecto de los documentos judiciales.*—En los documentos expedidos por la autoridad judicial, los Registradores han de actuar para su calificación dentro de los límites que señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, pues de no ser así extralimitarían su cometido, lo que no ha tenido lugar en el presente caso, en que el Registrador se ha limitado a señalar un obstáculo registral y la inobservancia de determinadas reglas del procedimiento.

11. FACULTAD DE GRAVAMEN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

No es aplicable a los órganos de gestión y representación de una sociedad mercantil el contenido del artículo 1.713 del Código civil, pues aquéllos tienen facultad para hipotecar aunque no se les haya conferido poder especial. (Resolución de 28 de octubre de 1980, «BOE» de 10 de noviembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura otorgada el 25 de enero de 1980, la Sociedad Anónima FEPISA, representada por don Mario Y. J., en ejecución del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de dicha Sociedad, recibió una cantidad en préstamo, constituyendo en garantía de su evolución segunda hipoteca sobre una finca propiedad de la Compañía prestataria. Presentada copia de la escritura en el Registro, fue suspendida la inscripción pretendida «por el defecto subsanable de no acreditarse que entre las facultades del Consejo de Administración de la Sociedad deudora está la de hipotecar, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.713 del Código civil».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Características especiales de la representación de las compañías mercantiles.*—Numerosas Resoluciones de la Dirección General, anteriores a la entrada en vigor de las leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, habían declarado: a) que en atención a los artículos 2 y 50 del Código de comercio y de conformidad con el artículo 1.713 del Código civil, se distingue el mandato concebido en términos generales, propio de los actos de administración, de aquel otro expreso que es necesario para los actos de riguroso dominio; b) que, no obstante lo anterior, la representación de las compañías mercantiles reviste características especiales, y que por muy severa que sea la regla de capacidad que para los actos de disposición esté establecida, la mayor amplitud que en el Derecho mercantil tiene la teoría del mandatario general obliga a reconocerle facultades, sin poder especial, que exceden de la ca-

pacidad de un mandatario ordinario, y, en consecuencia, en todos los casos examinados en dichas Resoluciones se declaró la no aplicación del artículo 1713 del Código civil.

b) *Representación orgánica y apoderamientos voluntarios.*—La anterior doctrina de la Dirección General suponía un principio de reconocimiento de la llamada «representación orgánica», y aparece hoy reforzada por la Ley de 17 de julio de 1951, en donde se regulan las facultades del Consejo de Administración en diversos preceptos, y fundamentalmente en el artículo 76, aplicable al caso discutido, estableciendo incluso el artículo 77 una importante distinción entre el órgano y los diversos apoderamientos voluntarios que este último puede hacer.

NOTA.—Después de declarar aplicable supletoriamente en el ámbito mercantil el artículo 1.713 del Código civil, se declara sin embargo su inaplicabilidad a la representación orgánica. De ahí que frente a la exigencia terminante del citado precepto («para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso»), y frente a los términos taxativos en que se produce el artículo 139 de la Ley Hipotecaria («los que con arreglo al artículo anterior tienen facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí, o por medio de apoderado, con poder especial bastante»), la Dirección considera innecesario poder expreso para que los representantes orgánicos realicen actos de riguroso dominio. El mismo criterio había sido sostenido ya por el Centro directivo en la Resolución de 31 de marzo de 1979, en la que tras enumerar las operaciones realizadas en aquel caso concreto por la Sociedad (liquidación de cuentas pendientes, fijación del saldo resultante, establecimiento de garantía real sobre inmueble) afirma que todo ello «entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia el Consejo de Administración». La resolución citada, al igual que la presente de 28 de octubre 1980, se basa fundamentalmente en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que extiende las facultades representativas del Consejo de Administración a «todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la empresa». La crítica de este argumento —con un detenido estudio del concepto tradicional de «giro o tráfico»— y la crítica general a la doctrina contenida en la Resolución de 31 de marzo de 1979 —anterior, como decimos, de ésta que comentamos—, se ha hecho brillantemente por José Manuel GARCÍA GARCÍA en la R. C. D. I., núm. 547, año 1981, en artículo recogido luego en sus «Sentencias comentadas del Tribunal Supremo», Madrid 1982.

12. PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISION, SEGREGACION Y AGREGACION DE PISOS

Para la división material de pisos o locales, así como para la agregación con otros colindantes o segregación de alguna de sus partes, es necesaria la aprobación por la Junta de propietarios según la regla del artículo 16, párrafo 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, sin que sea de aplicación la regla establecida en el párrafo 2.º del mismo artículo. (Resolución de 6 de febrero de 1980, «BOE» del 13).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura de 4 de enero de 1977, autorizada por el Notario recurrente, don Juan Manuel G. G. agregó una porción de un piso a otro, sito en la misma planta y colindante, de un edificio en régimen de propiedad horizontal, habiendo obtenido la aprobación de la Junta de propietarios en la que estaban representados más del 50 por 100 de propietarios en el in-

mueble, acordándose la fijación de nuevas cuotas de participación. Presentada en el Registro, la escritura fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento porque los actos que comprende y que son segregación de parte de la superficie de un piso, agregación de la parte segregada a otra colindante perteneciente al mismo dueño y enclavado en el mismo edificio y modificación de las cuotas que a cada uno corresponde en los elementos comunes del inmueble, se hace sin cumplir con las exigencias del párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960, ya que, al implicar tales actos modificación de las reglas del título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio en que ambos pisos están encuadrados, es necesario que el acuerdo de la Junta de propietarios sea tomado por unanimidad».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Las modificaciones objetivas afectan a la colectividad.*—Los actos de división, agregación y segregación de pisos o locales no son actos ajenos a la colectividad, porque significan alteraciones materiales en las cosas comunes y afectan al uso de servicios generales, y por eso alteran las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas contributivas a la colectividad.

b) *Las modificaciones objetivas alteran el título constitutivo.*—La operación realizada, al dar lugar a la variación de las cuotas correspondientes a los dos pisos del mismo titular, con posterior posibilidad de que uno de ellos sea enajenado a otra persona, que podrá asistir y votar en las Juntas convocadas en la forma que estime conveniente, no ofrece duda que se está alterando en el título constitutivo la fijación de las cuotas, y en consecuencia implica una modificación de las reglas contenidas en dicho título, por lo que habrá de aplicarse el artículo 16, núm. 1.º.

NOTA.—Para la división, agregación y segregación de pisos o locales, el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal exige «aprobación de la Junta». A la hora de interpretar esta lacónica exigencia legal, los autores divergen: para VENTURA-TRAVERSET («La propiedad de viviendas», Madrid, 1960, pág. 91) se requiere la mayoría fijada por la regla 2.ª del artículo 16 de la Ley, mientras que FUENTES LOJO considera necesaria la unanimidad; entre las posiciones intermedias cabe citar las de GISBERT («La división de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal», en «Pretor», año 1962) y BATISTA («La propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960», en R. G. L. J., año 1960), que exigen unanimidad sólo en los casos en que las operaciones de división, agregación o segregación impliquen alteración en la estructura del edificio o afecten a elementos comunes, pero no en los casos en que sólo afecten a los tabiques interiores.

La Jurisprudencia más reciente no ha sido explícita en este punto, pues la Resolución de 22 de octubre de 1973 y la Sentencia de 7 de febrero de 1976 se limitaron a hablar de «aprobación», sin matizar la forma. No obstante, el Tribunal Supremo, en un supuesto de agrupación, exigió, en Sentencia de 24 de mayo de 1967 «el consentimiento de todos los partícipes en la comunidad».

Cuestión distinta de la aprobación de las operaciones indicadas es la aprobación de las nuevas cuotas de los pisos reformados. Aunque la determinación de tales cuotas no afecta a las de los demás pisos, la comunidad resulta afectada, pues se altera el número de personas físicas propietarias y el uso de los elementos comunes. De ahí que en este punto la doctrina se incline por la unanimidad del párrafo 1.º del artículo 16. La Resolución expuesta parece apoyarse —en el último considerando— en la indisoluble unidad de ambas operaciones (agregación y fijación de nuevas cuotas) para exigir la aprobación por unanimidad.

13. PROPIEDAD HORIZONTAL: PREHORIZONTALIDAD Y SERVIDUMBRE DE PROPIETARIO

Es inscribible la servidumbre constituida por el propietario único del predio dominante y del sirviente, siempre que se condicione suspensivamente a que un tercero adquiera alguna de las fincas. (Resolución de 21 de octubre de 1980, «BOE» de 11 de noviembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: En escritura autorizada por el Notario recurrente la entidad PROVOCASA, debidamente representada, procedió a segregar una finca, describir el resto de la finca matriz y constituir entre las dos fincas así formadas y otra del mismo propietario, un derecho real de servidumbre de paso, y otro de luces y vistas, cuyo ejercicio se describe en función de las obras nuevas que se declararán. Presentada en el Registro, fue denegada la inscripción de las servidumbre por estar constituidas por el dueño único de las fincas; por «no poderse adecuar la realidad registral a una realidad extrarregistral totalmente inexistente, contra el principio de concordancia entre ambas situaciones»; por contravenir la indeterminación del derecho real al principio de especialidad; por constituir determinadas cláusulas escriturarias normas de la propiedad horizontal de fincas no constituidas; por establecerse comunicación entre sótanos de distintos edificios, contra el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal; por crear departamentos comunes a varios edificios, vulnerando igualmente el citado artículo; y por atribuir la propiedad de determinados locales sin título que lo justifique.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Naturaleza de la prehorizontalidad.*—A través de una situación no prevista en nuestro Derecho, y que pudiera denominarse en parte de «prehorizontalidad», se trata de garantizar mediante la publicidad de los libros registrales una previsión de un futuro incierto en forma similar a otras situaciones en que la legislación hipotecaria reconoce su posible inscripción, en cuanto que lo que se pretende inscribir supone una modificación jurídico-real del solar o solares, si bien condicionada, y que como tal expectativa sujeta a condición, participa de la misma naturaleza del derecho a constituir (artículo 9, 2.º de la Ley Hipotecaria).

b) *Admisibilidad de la llamada servidumbre de propietario.*—Una de las diversas soluciones que la práctica viene adoptando para resolver las complejas relaciones derivadas de este fenómeno nuevo, ha sido la de establecerse por el aún único propietario del suelo una serie de servidumbres o limitaciones recíprocas entre las distintas fincas que lo forman, que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de los fines comunitarios futuros.

La realidad actual exige admitir que el propietario pueda imponer voluntariamente sobre su finca, por legítimas razones urbanísticas, limitaciones similares a las que pueden serles impuestas por el planeamiento urbanístico en base a la legislación especial, y todo ello en función del bien común. De ahí que deban tener acceso a los libros registrales, pues con ello se logra la protección de los futuros adquirentes de pisos o locales —al no poderse variar sin su consentimiento la situación jurídica creada a través de la regulación hecha— así como el

conocimiento por los terceros del estatuto jurídico del complejo inmobiliario a realizar.

c) *Necesidad de que la servidumbre de propietario se constituya condicionalmente.*—El primer obstáculo que podría oponerse a la servidumbre de propietario sería el derivado del principio romano «nulli res sua servit» que aparece recogido en el artículo 530 del Código civil, al exigir que pertenezcan a distintos dueños las fincas dominante y sirviente, por lo que al no haber más que un solo propietario faltaría el requisito fundamental requerido en este precepto legal; pero este obstáculo resulta salvado al constituirse las servidumbres discutidas bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal, por permitir su inscripción los artículos 9, 2.º de la Ley y 51, 6.º del Reglamento.

d) *Signo aparente «ficto» o «instrumental» de servidumbre.*—El segundo obstáculo de esta servidumbre es el derivado del artículo 541 del Código civil, por la falta de signo físico aparente entre las fincas, dada la inexistencia de las edificaciones; pero hay que señalar que este precepto, referido exclusivamente a un supuesto procedente del Derecho romano, no incluye la necesidad de su ampliación a otros casos, y que, en consecuencia, al igual que sucedió con la tradición real que fue progresivamente espiritualizada, y así el artículo 1.462 del Código civil establece que la escritura pública equivale a la entrega, pueda ahora, dadas las nuevas situaciones planteadas por el urbanismo, entender que también puede el signo aparente crearse en forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros.

e) *Fundamento y naturaleza de la servidumbre de propietario.*—La indudable utilidad que han de prestar las servidumbres de propietario las encuadran dentro del marco general exigido por el artículo 530 del Código civil, y las obligaciones que impone a los que sean propietarios de cada uno de los inmuebles que se vayan formando, las incluye dentro de las llamadas servidumbres «propter rem», por lo que, así configuradas, pueden ser inscritas en el Registro.

f) *Vulneración del principio de especialidad por estas servidumbres.*—Pero al no estar ni siquiera proyectados los edificios a construir, ni aparecer perfilada la naturaleza y extensión del derecho de servidumbre, se atenta al principio de especialidad.

g) *Estatuto jurídico-real de los complejos inmobiliarios.*—La íntima trabazón que existe entre las servidumbres que se pretenden crear y las normas de propiedad horizontal de los edificios que en su día se han de construir, da lugar a que entre ambas se forme un todo —que viene a constituir el estatuto jurídico real de estos complejos inmobiliarios—, y por ello no puede hacerse la disección de unas y otras, y al inscribirse las mencionadas servidumbres de propietario, han de incluirse también las mencionadas reglas.

h) *Comunicación entre sótanos de distintos edificios.*—La comunicación entre los distintos sótanos, que es básica para la existencia de la servidumbre de paso, no constituye ninguna infracción del artículo 8 de la LPH, pues tal comunicación es una operación física que no implica operación jurídica alguna de división, segregación o agregación, que es a la que se refiere el mencionado artículo 8.

i) *Unión o separación física de departamentos sin reflejo registral.*—La posibilidad de unión o separación física de diversos departamentos no atenta tampoco a la prohibición del mencionado artículo 8 LPH, ya que no se pretende crear u obtener nuevas entidades hipotecarias, por segregación o división de las que existan, sino que únicamente tiene lugar un cambio físico que no trasciende en el aspecto registral o hipotecario.

j) *Posibilidad de cierre de elementos comunes para su uso exclusivo.*—En cuanto a la posibilidad del cierre y utilización por algún copropietario de parte de un elemento común para su uso exclusivo, no supone en sí ninguna atribución de propiedad según resulta del documento, y es más, la inscripción de la cláusula en los libros registrales va a reforzar a través de su publicidad esta misma circunstancia de no atribución de título de dominio alguno.

14. PRORROGA DE ANOTACION DE EMBARGO

No puede prorrogarse una anotación preventiva de embargo mediante instancia del interesado. (Resolución de 22 de octubre de 1980, «BOE» de 5 de noviembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Promovido juicio declarativo, se dictó mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo sobre tres fincas propiedad de la entidad demandada, practicándose dicha anotación el día 4 de febrero de 1976; el día 1 de febrero de 1980 se presentó por el acreedor anotante un escrito en el Registro de la Propiedad por el que se solicitaba la prórroga de las anteriores anotaciones preventivas, acompañando una certificación expedida por el Secretario de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, acreditativa de no haberse entregado aún a la parte recurrente la oportuna certificación a fin de comparecer ante el Tribunal Supremo.

Presentado en el Registro el escrito, junto con la certificación, fue denegada la prórroga de la anotación de embargo: 1.º, por no cumplir la exigencia general de documento público y auténtico; 2.º, por la necesidad de providencia judicial para la prórroga de las anotaciones preventivas tomadas por mandato judicial; y 3.º, por la necesidad de contar tal providencia en mandamiento judicial.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: *Modos a través de los cuales puede obtenerse la prórroga de anotaciones preventivas.*—De acuerdo con la norma de carácter general establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas podrán prorrogarse a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento.

Es indudable que la alternativa a que se refiere dicho artículo 86 de la Ley no tiene un carácter indiscriminado, que permitiría utilizar cualquiera de los dos medios indistintamente, sino que ha de utilizarse el adecuado a la anotación que se desea prorrogar, y en este aspecto, siempre que se trata de una anotación ordenada por la autoridad judicial, es a ella a quien corresponde ordenar igualmente la prórroga, según se deduce del propio texto literal del mencionado artículo 86, y lo confirma el artículo 199, 2.º del Reglamento, al utilizar la expresión «decretadas».

15. RECTIFICACION DE ERROR SOBRE LA REGIONALIDAD DEL TITULAR

No es necesario recurrir al procedimiento general de rectificación de errores establecido en la legislación hipotecaria (artículo 40 d) y 82 de la Ley), cuando el hecho básico que desvirtúe el asiento erróneo es susceptible de ser probado de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, ya que entonces bastará la petición de parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido. (Resolución de 6 de noviembre de 1980, «BOE» del 19).

ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura autorizada por el Notario recurrente, don Lorenzo A. Ll. adquirió dos fincas, haciéndose constar simplemente en dicha escritura que estaba casado con doña Rosa R. A., por lo que aquéllas fueron inscritas en el Registro «para su sociedad conyugal». A requerimiento de don Lorenzo A. Ll. el Notario recurrente autorizó un acta de notoriedad relativa a su vecindad civil balear en la fecha de su matrimonio, aportando como prueba documental certificación literal de inscripción de nacimiento, en la que consta al margen la declaración de querer conservar la vecindad civil balear.

El Presidente de la Audiencia dictó auto por el que confirmaba la nota del Registrador, estimando que la rectificación pretendida viene obstaculizada por los artículos 40, d), y 82, 1.º de la Ley Hipotecaria. La Dirección General, revocando el auto presidencial, revocó la nota del Registrador.

NOTA.—La Resolución de 9 de marzo de 1917 introdujo, en materia de rectificación registral, la distinción entre «hechos que pueden probarse absolutamente con documentos auténticos que sean independientes por su naturaleza de la voluntad de los titulares», y «actos jurídicos cuya validez descanse en la capacidad de los contratantes y en las estipulaciones», considerando que los errores del Registro que deriven de los primeros podían ser subsanados mediante un nuevo asiento practicado a instancia de parte interesada, mientras que los derivados de los segundos requerían el otorgamiento de un nuevo acto o negocio jurídico. Comodice expresivamente ODÓN LORAQUE al extractar la Resolución de 27 de junio de 1929 —en que se sustenta la misma tesis— «con independencia de la teoría de rectificación de errores, la Dirección admite la posibilidad de que se pongan de acuerdo el Registrador y la realidad jurídica, cuando se han padecido equivocaciones en un título inscribible que puedan comprobarse evidentemente con documentos auténticos y no se refieran a declaraciones de voluntad ni a constituciones o modificaciones de derechos sobre inmuebles». Tanto la Resolución de 9 de marzo de 1917 y la de 27 de junio de 1929, como las recientes de 10 de marzo, 7 de abril y 5 de mayo de 1978, incluyen entre esos hechos susceptibles de ser probados absolutamente con documentos auténticos, el estado civil. La presente Resolución de 6 de noviembre de 1980 añade la regionalidad. La Resolución de 19 de octubre de 1949 considera igualmente como tales el nombre y apellidos de una persona, que pueden ser rectificadas —si el error deriva de razones ortográficas, fonéticas o familiares— mediante acta de notoriedad; en este mismo sentido se pronuncia la Resolución de 8 de mayo de 1954.

16. RETRACTO ARRENDATICIO, EN VENTA URBANA A COPROPIETARIO

Para inscribir en el Registro de la Propiedad la venta de una mitad indivisa de una casa arrendada en su totalidad, hecha por un condueño al otro, no se requiere la notificación al inquilino que establecen los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dada la preferencia que para el ejercicio del derecho de adquisición tiene el condueño respecto del titular de un derecho arrendaticio. (Resolución de 30 de enero de 1980, «BOE» del 13 de febrero).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura de 30 de enero de 1978, autorizada por el Notario recurrente, don José Carlos A. V. vendió a doña Matilde Antonia A. V. la mitad indivisa, entre otras, de una finca urbana, arrendada, y cuya otra mitad pertenecía ya a la compradora, según consta en dicha escritura. En su nota calificadora, el Registrador suspendió la inscripción de la finca señalada con el número 3 «por el defecto subsanable de no justificarse que hayan tenido lugar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Fundamento de la preferencia del retracto de comuneros sobre el arrendaticio.*—La finalidad perseguida por el legislador de evitar en lo posible las situaciones de indivisión en los supuestos de condominio de un inmueble, aparece plasmada en el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en donde tras establecer que el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, señala como única excepción a esta regla general el caso de que el piso o local pertenezca a varios dueños *pro indiviso*, pues entonces en la venta de la cuota hecha por un comunero a un extraño (art. 1.522 del Código civil) se reconoce la preferencia que sobre el inquilino tienen los demás condueños. En el supuesto de que la venta de la cuota se haga, no a un extraño, sino a otro comunero, idéntico fundamento al señalado justifica la imposibilidad del ejercicio del derecho de tanteo o de retracto por el inquilino.

b) *Innecesidad de notificar cuando el retracto no puede prosperar.*—Si bien el artículo 48 de la L. A. U. establece en todo caso la necesidad de notificar al inquilino la transmisión efectuada, y el artículo 53 reitera esta obligación, es lo cierto que tal exigencia ha de ser entendida dentro del contexto de la propia ley, es decir, que la notificación es siempre necesaria para todos los supuestos en que el derecho de tanteo o retracto puede operar (como el caso de transmisión de la cuota de copropiedad a un extraño, ignorándose si el comunero va o no a ejercitar su derecho), pero no en aquellos otros en los que dicho derecho queda inoperante al postergar la misma ley el del inquilino al preferente del condueño, que precisamente al haber adquirido directamente del otro comunero ha hecho ya efectiva su preferente adquisición.

NOTA.—Con carácter más general que el problema específico planteado —si es o no necesaria la notificación en el caso controvertido— se suscitan dos cuestiones que inciden en el ámbito de la propia función notarial y en los criterios que han de presidir la interpretación legal.

Todos los razonamientos contenidos en el Auto se basan en una extralimitación de la función notarial; según el Presidente de la Audiencia, el Notario «se funda en su parecer», «se arroga unas facultades definitivas de derechos atribuidos por la Ley». En definitiva: «desborda la naturaleza y límites de la función notarial», invadiendo el campo propio de la administración de Justicia. Sin necesidad de invocar a AHRENS y a MONASTERIO —con la «Justicia reguladora que atribuyen al Notariado—, ni a VÁZQUEZ CAMPOS —con su defensa del poder legitimador» de esos fedatarios—, lo cierto es que el Notario «ha de encajar el acto jurídico dentro de la ley», como dice BELLVER CANO, y ha de ejercer la «función de legalización» de que habla SANHAUJA. Esta actividad de aplicar la ley a las situaciones que se plantean sin contienda pueden dar lugar —creemos— a que el Notario considere que determinada situación de poder no tiene carácter de derecho, e incluso que determinado derecho no puede ser ejercitado por faltar algún requisito básico —como ocurre en el caso controvertido—; lo que no puede en ningún caso es negar la existencia de un derecho atribuido por la ley.

En el caso que examinamos, el Notario no «se arroga facultades definitivas de derechos atribuidos por la ley», sino que, en ejercicio de su función legalizadora, o calificadora (CASTÁN), examinada la normativa aplicable, observa la falta de un requisito necesario para el ejercicio del derecho de retracto: la enajenación a un tercero no preferente. Al considerar innecesaria la notificación, el Notario no está prejuzgando la existencia o inexistencia del derecho, sino apreciando la imposibilidad de su ejercicio como consecuencia de una norma legal: el artículo 50 de la Ley de Arrendamiento Urbanos. El derecho existe en todo caso —porque emana del propio contrato de arrendamiento—, pero en este supuesto, como dice la Dirección, «queda inoperante», al postergar la misma ley el derecho del inquilino al preferente del condeño, y hacer éste efectiva su preferente adquisición.

La segunda cuestión suscitada se centra en la interpretación legal: la Audiencia propugna una interpretación literalista del artículo 55 («que excluye cualquier interpretación distinta de la que literalmente se deduce de su contexto») y la Dirección una interpretación contextual de los artículos 48 y 53 —y consiguientemente del artículo 55—, afirmando que «la exigencia de notificar ha de ser entendida dentro del contexto de la propia ley». La necesidad de atender al contexto, y la insuficiencia de una interpretación literal, quedan claramente de manifiesto en el artículo 3.º del Título Preliminar del Código civil, con su enumeración de criterios hermenéuticos —no excluyentes, sino complementarios— que establece. El inciso final del apartado 1.º del citado artículo 3.º invoca, además, un criterio teleológico que a nuestro entender refuerza la posición del Notario recurrente: la finalidad del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es la de que el arrendatario conozca la enajenación y pueda, por consiguiente, ejercitar el retracto; no existiendo en este caso tal posibilidad por haberse adquirido la cuota vendida por el otro comunero, hay que entender que en este caso el artículo 55 no impone tal necesidad de notificar.

17. RETRACTO ARRENDATICIO, EN ADJUDICACION DE PISOS

Para inscribir en el Registro de la Propiedad la adjudicación de pisos concretos, como consecuencia de división de un edificio común adquirido por donación, caso de estar algún piso arrendado, no se requiere la notificación al inquilino que previene el artículo 47, apartado 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Resolución de 13 de febrero de 1980, «BOE» de 4 de marzo).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Por escritura autorizada por el Notario recurrente el día 20 de diciembre de 1978, los hermanos don Ramón, doña María Vi-

centa, doña Josefina y doña Vicenta Eugenia A. C. procedieron a dividir una finca urbana en régimen de propiedad horizontal, y disolver la comunidad que sobre ella ostentaban, adjudicándose a cada uno de ellos bienes determinados. La finca había sido adquirida por los otorgantes por donación de su madre. Presentada primera copia de la escritura en el Registro, fue calificada con nota en que se expresaba la inscripción del documento respecto de determinadas viviendas, pero la suspensión respecto de aquellas otras que estaban arrendadas, por no acreditarse el haberse practicado la notificación a los inquilinos de las mismas exigida por el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el párrafo 3.º del artículo 47 de la misma ley.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Innecesidad de notificar cuando no puede ejercitarse el retracto.*—La notificación establecida en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como requisito ineludible para la inscripción en los libros registrales de las ventas de pisos a que se refiere el artículo 47 de la misma ley, trata de garantizar al inquilino del piso o local arrendado la efectividad del ejercicio de sus derechos de tanteo o retracto, y de ahí que sólo sea necesaria en los casos en que al inquilino o arrendatario le estén reconocidos tales derechos, pero no hay que practicarla cuando carece de esta posibilidad.

b) *Interpretación del artículo 47 en relación con su contexto, antecedentes y finalidad.*—No hay que olvidar que el artículo 3.º, apartado 1.º del Código civil impone que las normas han de interpretarse, entre otros, en el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y al interpretar los artículos 47 y 48 con arreglo al anterior criterio legal aparece que la regla general que resulta de su contexto está referida a adquisiciones a título oneroso, y sólo excepcionalmente a un supuesto de división de la cosa común y adjudicación cuando trata de evitar un fraude, por lo que no debe extenderse a los supuestos en que éste no tiene lugar, dado además el carácter restrictivo y odioso del retracto, y, en consecuencia, entender que cuando el origen adquisitivo del título estriba en una donación de la madre a sus cuatro y únicos hijos, carecen los inquilinos del derecho de adquisición preferente.

c) *Interpretación jurisprudencial del artículo 47.*—La Jurisprudencia, que —según el número 4.º del artículo 1.º del Código civil— tiene como función complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo, tiene declarado en esta materia, que la exclusión del derecho de adquisición preferente en la división de cosa común adquirida por donación de los padres a los hijos se basa fundamentalmente en que falta el propósito por los comuneros de burlar o desviar el derecho del inquilino, y en que ambos negocios —donación y división— están enlazados, representando el segundo la efectividad del primero, para concluir que faltan los principios básicos en que apoyar el derecho de retracto.

18. SUSTITUCION EN EL MANDATO MERCANTIL. AUTOCONTRATACION

1.º Es mercantil el mandato, cuando es complementario de una operación mercantil principal, como es el préstamo bancario. Por tanto, no cabe en ese caso sustitución de mandatario sin consentimiento del mandante, de conformidad con el artículo 261 del Código de comercio.

2.º Los supuestos de autocontratación tienen en nuestro Derecho carácter excepcional, por lo que ésta sólo es admisible cuando no existe conflicto de intereses o el propio mandante lo autoriza. (Resolución de 1 de febrero de 1980, «BOE» del 13).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: a) Por escritura otorgada el 5 de septiembre de 1972, el Banco I. de B. concedió un préstamo a don Eusebio Bonjoch Salabranca, al cual intervino en la escritura en nombre propio y en representación de la entidad mercantil «Eusebio Bonjoch, S. A.», habiendo constituido aquél, con el consentimiento de su esposa, doña Pilar C. C., hipoteca sobre dos fincas, en garantía de la suma prestada.

b) Por escritura otorgada el 8 de julio de 1974, el mismo Banco cedió el mencionado crédito hipotecario a «Pleamar Española, S. A.».

c) Por escritura otorgada el 13 de marzo de 1975, don Rodrigo F. y F., en nombre y representación de «Pleamar Española, S. A.», y en uso del poder que ostentaba, confirió, por vía de sustitución, poder a doña Pilar C. C. y a don Enrique C. M., para que mancomunadamente y en representación de «Pleamar Española, S. A.», pudieran cancelar total o parcialmente el crédito hipotecario.

d) Por escritura otorgadas posteriormente, doña Pilar C. C. y don Enrique C. M., en representación de «Pleamar Española, S. A.», consintieron diversas cancelaciones de hipoteca. Presentadas las anteriores escrituras de cancelación, el Registrador suspendió la inscripción 1.º, por ser contraria la sustitución de poder al artículo 261 del Código de comercio; 2.º, por extralimitación de poder por parte de don Rodrigo F. y F., apoderado de «Pleamar Española, S. A.», ya que éste no podía autorizar al sustituto (doña Pilar C. C.) la cancelación de las hipotecas que gravan las fincas de su propiedad, incurriendo entonces en la figura de la autocontratación, para lo cual precisaría mandato expreso de «Pleamar Española, S. A.», o ratificación.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Naturaleza del préstamo bancario y de los actos complementarios del mismo.*—La operación principal concertada tiene un indudable carácter mercantil, al concurrir las circunstancias exigidas en el artículo 311 del Código de comercio, y además es doctrina del Tribunal Supremo que los préstamos bancarios tienen carácter mercantil.

La «vis atractiva» propia de los contratos mercantiles extiende su campo a las vicisitudes que los acompañan, como pueden ser los actos complementarios o subordinados, tales como la constitución o extinción de garantías o el mandato conferido. Al tratarse, por tanto, de un apoderamiento mercantil, es aplicable el criterio establecido en el artículo 261 del Código de comercio. que indica que en

defecto de consentimiento o de autorización del poderdante para verificar la delegación, no cabe sustitución alguna.

b) *Carácter excepcional de la autocontratación.*—En nuestro Derecho los supuestos de autocontratación permitida tienen carácter excepcional, pues suelen originar conflictos de intereses con peligro de lesión para una de las partes al confluir en una misma persona la cualidad de mandante y mandatario, por lo que solamente cuando no concurren esas circunstancias o el propio mandante lo autoriza, no hay obstáculo para admitir esta figura.

NOTA.—Los mismos requisitos que ya enumeró la famosa Resolución de 29 de diciembre de 1922 para la admisibilidad de la autocontratación —que «el representado dé para ello su autorización expresa» o que «se aleje toda sospecha de lesión»— se han venido reiterando en las resoluciones posteriores, dando lugar a un criterio jurisprudencial que influyó decisivamente en la doctrina del Tribunal Supremo —que da paso a la autocontratación en la Sentencia de 5 de noviembre de 1956—, y en el pensamiento de los autores. Sólo la Resolución de 30 de mayo de 1930 manifiesta un criterio distinto de las restantes, considerando que en los supuestos de autocontratación existe «un vicio insubsanable», «una dificultad insorteable», pero las posteriores de 4 de mayo de 1944, 9 de febrero de 1946 y 26 de septiembre de 1951 reiteran la doctrina anterior. La de 1 de febrero de 1980, tras sostener el carácter excepcional del autocontrato, enumera como requisitos disyuntivos de validez, que no concorra «conflicto de intereses con peligro de lesión» o que «el propio mandante lo autorice».

19. URBANIZACIONES PRIVADAS

En un solo folio registral pueden practicarse los asientos relativos a diferentes edificios de una misma urbanización, sin necesidad de realizar operaciones de división o segregación de terrenos, y sin que ello atente contra el principio de especialidad. (Resolución de 2 de abril de 1980, «BOE» de 29 de mayo).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: a) Por escritura de 5 de marzo de 1977, autorizada por el Notario recurrente, la Sociedad Cooperativa «S. M.» declaró sobre una finca de su propiedad la obra nueva en construcción de un edificio denominado bloque segundo, procedió a la división del mismo en régimen de propiedad horizontal y donó a la Diócesis de Ciudad Rodrigo un local bajo condición resolutoria. En los Estatutos insertos en dicha escritura, que fue inscrita, se hacía una enumeración de los elementos comunes del bloque segundo, y otra enumeración de elementos comunes generales de este bloque y los ocho bloques en proyecto; entre estos últimos elementos comunes generales se incluía «el vuelo de cada uno de los nueve bloques a partir de las terceras plantas altas». Se añadía a continuación que cada uno de los nueve bloques tendrá una cuota igual sobre estos elementos comunes generales, cuya administración regirá una Junta compuesta por los presidentes de las comunidades de propietarios de cada uno de los bloques.

b) Por escritura de 30 de marzo de 1978, autorizada por el mismo Notario, la Cooperativa citada declaró sobre la misma finca de su propiedad la obra nueva en construcción de otros ocho edificios, enumerándose en los Estatutos insertos los elementos comunes de cada bloque y los elementos comunes generales de los nueve bloques.

Presentada en el Registro primera copia de la última escritura, fue denegada su inscripción por los siguientes defectos: 1.º, el derivado de la situación jurídico-registral de la finca, consistente en que uno de los locales que integran el blóque segundo se halla inscrito a favor de la Diócesis de Ciudad Rodrigo, que no interviene en el documento calificado; 2.º, los ocho edificios, distintos, habida cuenta de que las cuotas de participación de las viviendas que integran cada uno de ellos suman cien, no han sido segregados o divididos en forma expresa para que se cumpla la exigencia del artículo 50 del Reglamento Hipotecario y la del número 4.º del artículo 8 de la Ley; 3.º, el derecho de vuelo que se menciona como elemento común general no aparece legalmente constituido, ni determinado en su contenido y alcance. Los defectos apuntados vulneran, según la nota, el principio de especialidad.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Cláusula que autoriza al declarante de la obra nueva para otorgar por sí sólo escrituras de rectificación, aclaratorias o complementarias.*—Al figurar inscrita la citada cláusula y aceptada por el donatario, el funcionario calificador ha de tenerla en cuenta.

b) *Problemática registral de las urbanizaciones.*—El fenómeno originado por el desarrollo y expansión del urbanismo es especialmente sensible al ponerse en contacto con la institución registral, que tiene como misión principal la publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, y en donde, al intentar resolver las cuestiones que necesariamente han de plantearse, habrá que procurar, entre otras, coherencia los principios básicos del Registro, y principalmente el de especialidad, con las complejas relaciones jurídicas derivadas de la existencia de urbanizaciones o complejos urbanísticos privados.

c) *Tipos de urbanizaciones.*—Dentro del espectro de situaciones que se pueden producir en la vida real, cabe distinguir desde aquellas urbanizaciones en que las diferentes edificaciones se encuentran adosadas unas con otras, formando un único conjunto arquitectónico, a aquellas otras en que cada edificio o parcela construida dentro de la urbanización constituye una unidad física independiente. Las distintas modalidades pueden, dada la ausencia de normas legales, reflejarse a través de una situación de comunidad o bien mediante el establecimiento de limitaciones o servidumbres recíprocas entre las distintas fincas registrales que están comprendidas en la urbanización.

d) *Unidad de folio.*—Aunque las exigencias del principio de especialidad impedirían que a cada edificio independiente se le abriera el correspondiente folio registral, la propia Ley Hipotecaria, en su artículo 8, y su Reglamento, en el artículo 44, permiten la inscripción bajo un solo número de una serie de situaciones que tienen como característica común el ser unidades orgánicas integradas por diferentes fincas.

En tanto no aparezca la normativa legal que regule las urbanizaciones, se hace preciso arbitrar los medios pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro esta nueva figura jurídica y entre ellos cabe estimar aquél que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal, para lo cual se procede:

1.º A abrir un folio general para toda la urbanización en su conjunto, en donde se detallan los elementos comunes y reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y en los Estatutos.

2.º A abrir después folio separado a cada uno de los edificios o bloques construidos, con su régimen de propiedad horizontal, y relacionado con el folio general de la urbanización.

3.º A abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque relacionado con el folio general del propio bloque.

Y todo ello sin necesidad de acudir a operación de división o segregación alguna de terrenos, y sin mengua a la vez de la claridad que el principio de especialidad exige.

NOTA.—Importante resolución, que abre una nueva vía de acceso al Registro de las urbanizaciones privadas, aún presas en los estrechos cauces de una legislación que las ignora. Quizá más precisa en el terreno de la técnica registral que en el de los principios, pues oscila entre las tesis clásicas de las servidumbres recíprocas y la comunidad, y la doctrina de la «propiedad horizontal tumbada», esta Resolución ha introducido dos notables innovaciones: permitir que se abra una hoja matriz a la finca que represente la totalidad del suelo urbanizado, comprendiendo tanto las parcelas edificables como los elementos comunes, y permitir la inscripción de los Estatutos de la urbanización en ese mismo folio. Pretende esta resolución aportar unas soluciones de urgencia, en tanto no aparezca la normativa legal adecuada, que se acercan más a los criterios del Anteproyecto del Ministerio de la Vivienda que al de la Comisión de Codificación, en que se prevé la apertura de libros especiales para las urbanizaciones.

20. USUFRUCTO GANANCIAL, SU RENUNCIA

El marido no puede, por sí solo, renunciar a un derecho de usufructo sujeto a condición suspensiva adquirido durante el matrimonio, sino que necesita el consentimiento uxorio exigido por el artículo 1.413 del Código civil, aunque se acredite la situación de separación de hecho. (Resolución de 15 de abril de 1980, «BOE» del 3 de junio).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: a) Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 24 de noviembre de 1970, doña Lucía de la P. I., viuda, vendió a don Fernando B. P., casado con doña Manuela S. M., bajo la condición suspensiva de que aquél sobreviviera a la vendedora, el usufructo de un piso sito en Madrid. Don Fernando B. P. estaba separado de hecho al tiempo de otorgar la escritura de compra. Esta escritura fue inscrita en el Registro, haciéndose constar el carácter preventivamente ganancial del precio.

b) Por escritura autorizada por el mismo Notario el 9 de septiembre de 1975, don Fernando B. P. renunció al derecho eventual que le correspondería, en caso de sobrevivir a doña Lucía de la P. I., al usufructo desde el fallecimiento de esta señora, efectuando la renuncia por el mismo precio en que había comprado ese derecho eventual. Presentada primera copia en el Registro de la Propiedad, se suspendió la inscripción «por el defecto, que se estima subsanable, de no acreditarse el consentimiento de la esposa del renunciante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN: a) *Derecho real en situación jurídica interina*. La situación controvertida hay que encuadrarla en las denominadas «situaciones jurídicas interinas», y precisamente dentro de lo que constituye el supuesto más

típico, que es el de pendencia, y en la que pueden encontrarse no sólo los derechos de crédito, sino también un derecho real, como sucede en este caso.

Estas situaciones, caracterizadas por la nota de la provisionalidad, y en las que existe una titularidad preventiva, mantienen la estructura y naturaleza del derecho principal.

b) *Naturaleza ganancial del derecho eventual de usufructo.*—Al haber sido adquirido el derecho eventual de usufructo durante el matrimonio y por precio, ha de entenderse que este derecho, por imperativo del artículo 1.401, 1.º, pasa a formar parte de los bienes que integran la sociedad de gananciales sin que, como declaró la Resolución de 31 de enero de 1979, el carácter personalísimo e intransmisible del usufructo sea obstáculo a la consideración de ganancial de este derecho.

c) *Carácter real del derecho eventual de usufructo.*—El carácter real de la relación jurídica discutida se desprende de la postura adoptada por nuestro legislador en esta materia, al permitir y regular, entre otros en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, la forma de acceder al Registro de estas situaciones.

d) *La separación de hecho no afecta a los actos dispositivos.*—La tesis sostenida de que el bien forma parte de los gananciales, y su disposición se rige por el artículo 1.413 del Código civil, no aparece desvirtuada por la Resolución de 4 de mayo de 1978, que se limitó a señalar la forma en que la adquisición hecha por la mujer separada de hecho debía reflejarse en el Registro, sin introducir especialidad alguna para los actos dispositivos.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

RECURSO DE REVISION. MAQUINACION FRAUDULENTE. DOMICILIO DESCONOCIDO, PERO COGNOSCIBLE CON UN MINIMO DE DILIGENCIA

(Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 1981) (*)

1. LOS HECHOS

El recurso de revisión se interpone contra una sentencia de desahucio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3. de los de Málaga, en un juicio en el que las arrendadoras de un local de negocio demandaron a los herederos o causahabientes de doña Concepción C. de las N., quienes fueron declarados en situación de rebeldía procesal. La sentencia estimatoria fue notificada en estrados, y publicada en el «B. O. de la Provincia» el 15 marzo 1979, siendo solicitada la ejecución de la misma y acordada por el Juzgado. El recurso de revisión se presentó en 21 agosto 1979, y fue estimado por la Sala 1.ª del T. S. en Sentencia de 18 mayo 1981. En la parte que aquí interesa, la sentencia dice:

«El recurrente don Manuel Ch. C. tuvo conocimiento de la existencia del litigio origen del presente recurso de revisión el día 22 de mayo de 1979, día en que se llevó a efecto la diligencia de lanzamiento del local de negocio objeto del mismo, por lo que acreditando la correspondiente diligencia de la Secretaría de Gobierno de este T. S. que se hizo entrega en la misma del escrito formalizándolo el día 21 de agosto siguiente, es indudable fue interpuesto dentro del plazo de tres meses que al efecto señala el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Consd.º 2.º).

«El recurrente don Manuel Ch. C. a acreditado, mediante certificación literal del acta de inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, su cualidad de hijo legítimo de doña Concepción C. de las N., siendo obvio que dicha cualidad le sitúa entre los herederos y causahabientes de la referida señora que, «como desconocidos», fueron demandados en el litigio sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio en que recayó la sentencia firme cuya revisión se pretende y legitimado, por ende, para deducir la aludida pretensión revisoria» (Consd.º 3.º).

«Fundado el recurso extraordinario de revisión que nos ocupa en la causa 4.ª del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la jurisprudencia reiterada de esta Sala contenida, entre otras en las SS. de 31 de enero 1941, 9 junio 1953, 20 mayo 1966, 14 mayo 1975 y 10 diciembre 1977, viene estimando como una de las manifestaciones de la «maquinación fraudulenta» a que dicho precepto se refiere «toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar u ocultar al

(*) Al profesor Dr. don Juan de Dios Doval de Mateo, al cumplirse el segundo aniversario de su asesinato.

demandado el planteamiento del litigio y a obstaculizar e impedir su defensa, para asegurar de esta forma y con semejantes artilugios el éxito de la demanda» (Consd.º 4.º).

«De las actuaciones practicadas en orden al punto concreto debatido en el recurso de conocimiento o desconocimiento por las actoras en el litigio origen del mismo de quienes eran los herederos o causahabientes de doña Concepción C., demandados como desconocidos en dicho litigio, aparece que: a) obtienen del Registro Civil certificación del acta de inscripción de la defunción de la señora C., punto de partida de indudable relevancia al efecto de servir de base a la investigación de quienes eran los hijos de la misma, no pudiéndose hacer referencia alguna a los datos contenidos en dicha certificación ya que, a petición de su Procurador, formulada al día siguiente de la diligencia de lanzamiento, fue desglosada de los autos originales; b) las actoras, que hacían efectiva la merced locativa a través de un Administrador de Fincas, la vinieron percibiendo por dicho conducto hasta el mes de mayo, inclusive, de 1979, es decir, hasta el propio mes en que el lanzamiento se llevó a efecto, siendo pueril la alegación contenida en el Hecho segundo de contestación a la demanda de revisión en orden a restar importancia a lo que tal hecho significa, aduciendo que cualquiera puede pagar de su peculio y que su Administrador se limitaba a entregar el recibo a quien se presentaba para abonarlo, cuando la realidad es que pago de tal naturaleza sólo se efectúa por aquéllos directamente interesados en el mantenimiento del pacto locativo, interés que en buena lógica sólo podía concurrir en quien ostentara la cualidad de heredero de la fallecida arrendataria; c) reconoce la actora doña Francisca J. R., en confesión judicial, al contestar la posición 7.ª, que en la entrada del local objeto del litigio existía un letrero donde se expresaba «Calzados Ch.», pero haciendo la salvedad de que ignoraba «a quienes se refería *de ellos*», habiendo de resaltarse en relación con este reconocimiento que precisamente el aquí recurrente es don Manuel Ch. C. y que en la Guía Telefónica de Málaga correspondiente al año 1976, anterior al fallecimiento de doña Concepción C., acaecido el 18 febrero 1977, aparecen en la Sección Profesional, Mercantil e Industrial, bajo los apellidos «Ch. C.», en el epígrafe «Calzados», hasta ocho teléfonos diferentes instalados en otros tantos locales; y d) con referencia concreta a la calle Ancha del Carmen, 56, o sea el inmueble donde está instalado el local a que estas actuaciones se contraen, figura teléfono a nombre de «C. C. M.», en coincidencia, por tanto, con los apellidos del aquí recurrente y letra inicial de su nombre» (Consd.º 5.º).

«De lo expuesto sólo es dable deducir que a las actoras, en el procedimiento donde recayó la sentencia firme cuya revisión se pretende, les era conocido que los señores apellidados Ch. C. estaban ligados a doña Concepción C. por íntima relación de parentesco, bastándoles el empleo de una mínima diligencia para averiguar tanto la cualidad de hijos de la misma, como sus respectivos domicilios o, cuando menos, de algunos de ellos, careciendo, por ende, de justificación la ocultación de sus nombres y la solicitud de que, como desconocidos, fuesen citados por edictos en el litigio sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio de que era titular en calidad de arrendataria la referida señora C., interesando dicha forma de citación con la finalidad conseguida de que, al no enterarse del planteamiento de la demanda, se sustanciase el juicio en su

rebeldía, obteniendo una sentencia favorable sin que los demandados comparecieran a defender sus posibles derechos, actuación que, por constituir una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que hace referencia el núm. 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina que el recurso deba prosperar con los pronunciamientos al efecto ordenados en los artículos 1.799, 1.806 y 1.807 de la citada Ley de Procedimiento» (Consd.º 6.º).

2. COMENTARIO

A) *Indicaciones generales.* Que el recurso de revisión de carácter extraordinario contra sentencias firmes deba ser admitido y estimado muy limitadamente es algo directamente relacionado con la seguridad jurídica. Se comprende así que en un período de casi noventa años (desde el 15 febrero 1886 hasta el 26 diciembre 1975) sólo se hayan interpuesto ante la Sala 1.ª del T. S. un total de 169 recursos de esta naturaleza, de los cuales únicamente han sido estimados 24, lo que representa aproximadamente el 14 por 100 del total de revisiones intentadas (1). Creo, no obstante, que la Constitución de 1978, con su dinamismo renovador de nuestro ordenamiento jurídico, puede influir de alguna manera en la indicada tendencia, ya sea propiciando una nueva normativa (lo que sólo parece probable a través de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), ya sea originando algún cambio jurisprudencial. Baste traer a colación el artículo 24.1. de aquélla, a cuyo tenor: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (2). La sentencia que comento, irrefutable en su argumentación, viene a constituir un supuesto típico de revisión por maquinación fraudulenta, definida genéricamente por la doctrina (3) como la basada en la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal provocada por la fraudulenta citación del demandado en el primer proceso, lo que le impide o dificulta grandemente su posibilidad de defensa; y aunque se da precisamente en materia arrendaticia, la doctrina aquí sentada no parece limitarse o restringirse a este sector normativo (4), sino que posee alcance general.

B) *La maquinación fraudulenta como causa de revisión.* Es uno de los submotivos de revisión contenidos en el núm. 4.º del art. 1.796 L. E. C., junto a

(1) Tomo los datos del prólogo de SERRA DOMÍNGUEZ a la monografía de DOVAL DE MATEO, *La revisión civil* (Barcelona 1979), p. IV.

(2) Sobre el tema puede verse: ALMAGRO NOSETE, *Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución*, en el vol. colectivo *Lecturas sobre la Constitución Española*, coordinada por T. R. Fernández Rodríguez (Madrid 1978), I, p. 283 ss.; SERRANO ALBERCA, *Comentario al art. 24.1.* en el vol. colectivo *Comentario a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla (Madrid 1980), pp. 300 y siguientes.

(3) DOVAL DE MATEO, *op. cit.*, p. 335.

(4) No parece que tenga razón CALVO SÁNCHEZ, *La revisión civil, especial consideración de su naturaleza jurídica y sus motivos* (Salamanca 1974), p. 428, al defender que el T. S. ha elaborado dos conceptos de maquinación fraudulenta en materia de revisión civil, aplicable uno a los arrendamientos urbanos, y otro a los demás casos. En la sentencia aquí comentada se establece una doctrina con carácter general.

la violencia y al cohecho, y que aparece más frecuentemente invocado y estimado en revisión (5). Si en general se considera tal «toda asechanza artificiosa y oculta, realizada con engaño, dirigida regularmente a un mal fin», la doctrina procesalista la define como «todo artificio realizado personalmente o con auxilio extraño a la parte que haya obtenido la sentencia deseada o por quienes la representan» (6). En la jurisprudencia del T. S. es doctrina reiterada de la Sala 1.^a (ver por todas S. de 27 diciembre 1962) la que entiende por maquinación fraudulenta la voluntad deliberada de causar una lesión al otro litigante (*animus laedendi*) mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante, que obtiene una sentencia firme favorable para el que da lugar a la maquinación, siempre que se dé un nexo causal eficiente entre la conducta dolosa y la resolución adoptada por el Tribunal. Sin embargo, cuando en virtud de tal maquinación se ha conculcado el principio de contradicción, el T. S. no entra a examinar si se da el nexo de causalidad entre la conducta dolosa de una parte y la resolución adoptada por el Tribunal. Se trata de obtener y ejecutar una sentencia, logrando que el demandado no haya sido citado ni oído en el juicio, privándole así de todo medio legal de defensa (SS. de 31 de enero 1941, 11 julio 1950 y 14 mayo 1975, entre otras).

C) *El domicilio desconocido, pero cognoscible con un mínimo de diligencia.* En el presente caso el T. S. hace una minuciosa valoración de los hechos probados que demuestra exhaustivamente la maquinación. En efecto, habiendo fallecido la titular arrendataria del local, se siguen abonando las rentas vencidas de modo regular, incluso durante el proceso y hasta el momento mismo del lanzamiento; resulta oportuna la afirmación de la sentencia de ser improcedente la invocación del artículo 1.158 C. c., pues si tal precepto se ocupa de la legitimación para el pago, autorizándole incluso a un tercero sin interés en el cumplimiento, no es tal hipótesis *quod plerumque accidit*, sino la de que pago de tal naturaleza sólo se efectúa en la práctica por quienes están directamente interesados en el mantenimiento del pacto locativo. Pero el T. S. no se basa sólo en una mera presunción, sino que muestra a las actoras que fraudulentamente obtuvieron la sentencia, el camino que hubieran debido seguir de haber actuado de buena fe (principio general del derecho aplicable también al campo procesal: art. 7.º, 1, C. c.). La consulta de la Guía Telefónica, al alcance prácticamente de todos los ciudadanos, es hoy un deber cuando se trata de indagar el domicilio de una persona y, con mayor razón, de un comerciante que con su familia es titular de una red de establecimientos de ventas de calzado en la ciudad. De haberla realizado, las actoras hubieran logrado información suficiente para que su demanda no se dirigiera contra los desconocidos herederos de la titular arrendataria, y se

(5) De las 18 sentencias en que se revisa una sentencia firme por la causa 4.ª, 16 lo han sido en base a la maquinación fraudulenta, según indica DOVAL DE MATEO, *op. cit.*, p. 296. En particular se trata de las SS. de 30 octubre 1930, 31 enero 1941, 11 julio 1950, 9 junio 1953, 30 marzo 1954, 23 junio 1959, 14 diciembre 1960, 19 diciembre 1961, 31 enero 1962, 19 octubre 1962, 5 febrero 1963, 20 mayo 1966, 28 febrero 1968, 30 abril 1970, 15 octubre 1973 y 14 mayo 1975.

(6) Por todos, PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, I (Madrid 1972), p. 737.

sustanciase el pleito en rebeldía. Aunque la sentencia de revisión no ofrece datos suficientes, parece que la utilización del indicado fraude procesal estaba motivada por el temor de que hubiera una sucesión *mortis causa* en el arrendamiento del local, plenamente conforme con la legislación vigente.

D) *El recurso de revisión y el derecho constitucional a la jurisdicción.* Sea cualquiera el acierto del legislador constitucional al redactar el artículo 24.1 de nuestra Ley Fundamental —tema en el que no procede aquí entrar (7)— me parece claro que la revisión por maquinación fraudulenta, especialmente en el caso de citación defectuosa, ha quedado considerablemente reforzada en su último fundamento, pues si en ningún caso debe producirse indefensión, ello cubre todos los casos de revisión del artículo 1.796 L. E. C. y aun es posible que puedan preverse otros, con lo cual desaparece el *numerus clausus* de motivos de revisión. Ello puede significar que en algunos casos en que procedería el recurso de revisión civil también cabría interponer recurso de amparo; pero también puede aconsejar una reforma de la revisión con una prudente y moderada ampliación de sus motivos, aprovechando la experiencia casi secular de su funcionamiento.

Por X.

(7) Véanse las críticas de ALMAGRO NOSETE, *op. cit.*, vol. cit., pp. 302 s. Para SERRANO ALBERCA, *op. cit.*, pp. 303 s., con el texto definitivamente aprobado se dificulta una delimitación clara de un típico derecho al libre acceso a los Tribunales o derecho a la jurisdicción, puesto que el derecho reconocido se relaciona directamente con el requisito de la legitimación propio de la pretensión y no del derecho de acción, e incluso llega a vincularse con el propio derecho material. También puede pensarse en alguna imprecisión terminológica como la de referir el concepto de ejercicio no sólo a los derechos sino también a los intereses, olvidando que éstos no se ejercitan sino más bien se alegan. Con todo —concluye el autor citado— otras declaraciones del precepto dan base suficiente para considerar que en él se ha pretendido reconocer con carácter general el derecho a la jurisdicción; así, en la última frase tiene por finalidad el reconocimiento general del derecho a la defensa, por cuyo conducto se manifiesta en su unidad el derecho a la jurisdicción, refiriéndose a todo tipo de procesos y comprendiendo la acción y la excepción.

DE NUEVO SOBRE LA CONFUSION ENTRE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION Y LAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN UN ARRENDAMIENTO URBANO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril 1981)

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho, el pacto de las partes y el juicio de los Tribunales.—2. Visión crítica de la Sentencia.—3. La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de elevación de la renta.—4. La denominada doctrina legal «ecuación prórroga-renta».

1. *El supuesto de hecho, el pacto de las partes y el juicio de los Tribunales.*

De los hechos expuestos por esta Sentencia, unos propietarios arriendan su local de negocio por contrato de 2 de noviembre de 1970, en el cual la cláusula catorceava establece un pacto que, al no transcribirse, no se puede apreciar si es de estabilización o de elevación de la renta; no obstante, en el escrito de contestación al Juzgado de Primera Instancia, los propietarios, al replicar a la demanda del arrendatario, alegan «que la cláusula que se transcribe destaca que la intención de las partes fue «atemperar» el precio del arriendo al costo de la vida»; consecuentemente con ello, el arrendatario accede a la revisión de la renta durante varios años (1970 a 1975), no obstante, cambiará de actitud posteriormente y demandará a los propietarios entendiendo que el citado pacto catorceavo del contrato de arrendamiento es nulo de pleno derecho a tenor de la reiterada jurisprudencia establecida para estos casos.

El Juzgado de Primera Instancia, en Sentencia de 9 de septiembre de 1976, estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la condición 14 del contrato de arrendamiento cuya nulidad se retrotrae a la misma fecha de su otorgamiento.

Ante la Audiencia Territorial se interpone recurso de apelación por los arrendadores, que verán rechazadas sus pretensiones, al confirmarse la sentencia apelada. Por ello, los arrendadores interpondrán recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, que fallará no haber lugar a dicho recurso en base a los siguientes considerandos:

«Que los tres primeros motivos en los que, por el cauce del número primero del artículo 1.692 se denuncia, respectivamente, la violación del artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial que cita y la violación de la sentencia de esta Sala que también enuncia, han de ser desestimados pues ya en sentencia de esta Sala de 13 de febrero y 20 de noviembre de 1980 tiene dicho que si bien las últimas disposiciones legales y el párrafo primero del artículo 100 admiten la libertad de contratación, en cuanto a la renta, la cláusula de estabilización en que solamente se contemple el aumento de la renta por el índice del coste de la vida es nula al

suponer una falta de relación entre renta y prórroga y conculcar norma de «*jus cogens*» sobre la prórroga obligatoria, infringiendo el principio establecido en el artículo 1.256 del Código civil».

«Que el motivo cuarto en que se denuncia por el mismo cauce de los anteriores la interpretación errónea del artículo 1.281 del Código civil, tampoco puede tener éxito puesto que basta una somera lectura de la cláusula 14 del contrato de arrendamiento para concluir que en ella sólo se contempla el supuesto de aumento del nivel de vida y no la disminución, por lo que ha sido correcta la interpretación de la Sala».

2. *Visión crítica de la Sentencia*

Al examinar los razonamientos de esta Sentencia, los fundamentos jurídicos aportados para declarar la nulidad del pacto establecido por las partes sobre la renta de su contrato de arrendamiento urbano, nos encontramos con que, desafortunadamente, son remisivos y puramente formales, además de insuficientes, al bastarle únicamente una invocación análogica de lo que constituyó su doctrina legal anterior, la denominada relación o «ecuación prórroga-renta». (SS. 13 febrero y 20 noviembre 1980), sin tomar en cuenta otros preceptos aplicables del ordenamiento arrendaticio vigente (art. 98 LAU) que permiten a las partes un pacto para la elevación posterior de la renta.

A ello hay que añadir el inexplicable modo abreviado de expresar su justificación normativa mediante un laconismo impropio de un juzgador que ha de aplicar, sobre todo, la máxima sanción que resuelve la existencia de una relación jurídica, al destruirla o declarar su nulidad; a mi modesto juicio, creo que no es suficiente decir que «baste una somera lectura de la cláusula» contractual, según manifiesta textualmente la Sentencia, para justificar la sanción de su nulidad. Al menos hay que evidenciar la cuantía abusiva de la renta que implique el fraude.

Si de la lectura de la cláusula parece ser que sólo se deduce que las partes pactaron una elevación futura de la renta, actualmente, según la legislación de arrendamientos vigente (art. 98), dicho pacto es permitido, y por tanto, posible y válido; a tenor de dicho artículo, «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»; y este fue el pacto que sucedió en el caso de autos en su cláusula 14, al pactar que la renta se elevaría o aumentaría según el «coste de la vida», cada año al 31 de diciembre.

Sin embargo, para esta Sentencia de 5 de abril de 1981, la justificación de declarar la invalidez o nulidad de la cláusula fue por considerarla como «cláusula de estabilización en que solamente se contempla el aumento de la renta por el índice del coste de la vida». Así, el error se hace evidente, al confundirse lo que es una «cláusula de estabilización» con otra de elevación de la renta, tal como ya es una «cláusula de estabilización» con otra de elevación de la renta, tal como la propia Sala tiene distinguido nítidamente en las recientes Sentencias de 13 de febrero y 20 de noviembre de 1980, que, por lo demás, se citan en la actual Sentencia.

A la vista de estos precisamientos y aclaraciones, me lleva, una vez más, a concretar cuándo existe validez o invalidez de estos pactos contractuales tan importantes para la realización de la justicia conmutativa entre las partes.

3. La distinción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas de elevación de la renta

La distinción de ambas modalidades de cláusulas contractuales queda perfectamente delineada por la propia jurisprudencia de esta Sala en las dos recientes y anteriores Sentencias de 13 de febrero y de 20 de noviembre 1980, sobre todo al considerar esta última «que en la genérica dicción literal del artículo 100, párrafo 1.º, con su referencia a cualquier 'sistema de actualización' paccionado, cabrían a primera vista no sólo las cláusulas de estabilización genuinas de naturaleza bilateral y conmutativas 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 función limitada de las primeras».

Sin embargo, en la Sentencia actual, de 5 de abril de 1981, que se comenta, concluye que «la cláusula de estabilización en que solamente se contempla el aumento de la renta por el índice del costo de la vida es nula». Aquí, la confusión, respecto a la anterior doctrina legal y la científica, se hace evidente, ya que no existen cláusulas de estabilización con esas características. Una cláusula de estabilización, por su naturaleza ambivalente, siempre tiene por finalidad estabilizar los valores económicos correspondientes, según su alza o baja y en función del poder adquisitivo de la unidad monetaria de curso legal; así, las alteraciones monetarias de signo inflacionista o deflacionista repercutirán, ante la previsión por las partes que pactan una cláusula de estabilización en las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, manteniendo una cierta proporcionalidad o equivalencia en el intercambio concreto del objeto de sus prestaciones.

En cambio, una cláusula de elevación de la renta lo único que contiene es el pacto de su aumento posterior en la proporción convenida, como sucede en el caso de autos, al fijarse que se eleve según el «índice del nivel de vida».

La cuestión, que incluso se planteó en la anterior legislación especial de arrendamientos urbanos, fue la de la validez de las «cláusulas de estabilización», puesto que para las «cláusulas de elevación» las normas de carácter imperativo y prohibitivo sobre el beneficio de la renta fija, cualquier convenio o pacto que las contradijese era nulo.

Una vez que la legislación vigente de 1964 vuelve a establecer la libertad de pacto sobre la renta inicial o continuada (art. 97), el poder pactar su elevación o reducción posterior (art. 98) e introducir un «sistema de actualización» (art. 100, párrafo primero, *in fine*), queda claro que un Juez o Tribunal deberá aplicar la normativa vigente y que la cláusula o pacto que «sólo contempla el aumento de la renta» no es suficiente para que sea declarada su nulidad, ya que no se produce un acto contra ley, puesto que no existe una norma que prohíba el pacto de elevación de la renta, antes bien, se permite y se contempla expresamente por la normativa especial (art. 98 LAU).

Ahora bien, la cláusula de elevación de la renta que contiene ese pacto lícito y legal puede plantear la cuestión de su invalidez cuando las partes se han excedido o alguna de ellas ha obrado de mala fe, cometido un abuso de su derecho

o ha realizado un fraude a la ley, a través de una imposición realizada mediante el establecimiento de una renta muy elevada, que deje de ser justa y aparezca como exagerada o especulativa. Cuando se trate de obtener por el arrendador su exclusivo beneficio económico con abuso manifiesto de su derecho, caben dos recursos: el propio que establece el artículo 98 de la LAU, de pedir ante los tribunales la reducción de la renta, o bien que se declare su nulidad. Igualmente, cuando el arrendador, al amparo de la norma de libertad de la renta, con una exagerada elevación, trate de impedir el resultado dado por la norma imperatiya que concede la prórroga forzosa al arrendatario, la cláusula o pacto será nulo por fraudulento.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es de hecho; ¿Cuándo se puede considerar que el pacto de elevación de la renta es injusto, ilícito, inválido o nulo? Como cuestión de hecho queda al arbitrio del juzgador y es a él a quien le compete dilucidar cuándo se está ante un pacto justo de elevación de la renta o si deja de serlo por anormal y especulativo, si la elevación tiene por objeto conseguir defraudar a la norma prohibitiva que sanciona los efectos en cuanto a la prórroga forzosa en beneficio del arrendatario.

En el caso de autos, la presente sentencia tan sólo reconoce que «las últimas disposiciones legales y el párrafo primero del artículo 100 admiten la libertad de contratación en cuanto a la renta», lo cual no es muy preciso, ya que dicha libertad viene expresamente reconocida por el artículo 97 de la LAU, mientras que las últimas disposiciones legales (1) lo que han hecho fue restringirla cuando se había pactado una actualización.

A pesar de reconocerse esta libertad de contratación de la renta, la Sentencia concluye que la «cláusula de estabilización en que solamente se contemple el aumento de la renta por el índice del coste de la vida es nula» lo que revela que no toma en cuenta para nada lo previsto en el artículo 98 de la LAU, o sea, la posibilidad de un pacto de elevación de la renta y lo que sí ha considerado es que el solo aumento es suficiente para declararlo como injusto, excesivo, exorbitante o fraudulento.

Que la renta resulte injusta porque se eleve según el «índice del nivel de vida», en tiempos de inflación, creo que es una apreciación carente del mínimo realismo; es más, en este caso, el efecto de una cláusula de estabilización o bien de elevación de renta coinciden en el mismo resultado de actualización, en el efecto jurídico de obtener la equivalencia de las prestaciones para ambas modalidades; esta es la razón por la que el legislador permitió las cláusulas de elevación de la renta, además de la estabilización dentro de un «sistema de actualización».

El argumento básico de la Sentencia, para declarar la nulidad de la cláusula de elevación de la renta, ha sido «suponer una falta de relación entre la renta y prórroga y conculcar normas del «jus cogens» sobre la prórroga obligatoria, infringiendo el principio establecido en el artículo 1.256 del Código civil».

Esta mera declaración, así expresada, es congruente con la doctrina legal es-

(1) Las últimas disposiciones legales son: el Real Decreto-Ley 15, de 12 de diciembre de 1980, y la Resolución de 26 de diciembre de 1980. Cfr. mi estudio *La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXIV-2 (1981), pp. 377 ss.

tablecida en anteriores sentencias; lo que brilla por su ausencia es la valoración de hecho del juzgador, el caso concreto, la prueba evidente de que la cuantía de la renta —que no se ha reflejado para nada en la casación— era excesiva, exorbitante e injusta y que daba lugar al posible fraude de ley de impedir la prórroga obligatoria del contrato; estamos ante un arbitrio judicial abstracto, formal y sin concreciones. Una vez más, se debe advertir que si el juzgador exige ampliamente a las partes en sus demandas que concreten y fundamenten sus alegaciones con los preceptos positivos pertinentes, si han de obtener el amparo oportuno, él tiene que tener la misma obligación y cortesía de concretar y aclarar sus fallos explícitamente, ya que, en todo caso, tiene el deber inexcusable de resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil).

Para que se conculquen normas del «jus cogens», como sucede concretamente con la que dispone la prórroga obligatoria, hay que probar la relación concreta que hubo entre la renta y la imposibilidad que hubo para ejercitar dicha prórroga.

4. *La denominada doctrina legal «ecuación prórroga-renta»*

Para la sentencia que se comenta, la nulidad de la cláusula contractual era consecuencia —sin más demostración— de una mera elevación de la renta, lo que suponía una falta de relación entre ella y la prórroga, y, conculcaba la norma imperativa sobre la prórroga obligatoria. Tal argumentación se refiere a lo mantenido por otras sentencias donde se demuestra el fraude que se lleva a cabo por el arrendador elevando la renta hasta unos límites intolerables para el arrendatario, de tal modo que le obliguen a renunciar al arrendamiento. Esta argumentación constituye la doctrina legal conocida por la «ecuación prórroga-renta».

Esta doctrina legal tuvo vigencia para los anteriores ordenamientos legales sin necesidad de más base fáctica que la de la mera elevación de la renta: el beneficio de la renta fija conducía a que su contravención hiciera nulo cualquier aumento de la renta y, sobre todo, con aquellos casos en que valiéndose del fraude se trataba de invocar otra norma que permitiera el aumento, pero que consiguiera realmente la renuncia obligada del arrendatario.

En la normativa vigente de arrendamientos urbanos, si bien se sigue manteniendo el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario, así como su irrenunciabilidad, en cambio, se liberaliza la renta no sólo inicial, sino la posterior, incluso se permite su elevación de modo unilateral, como su reducción, siempre que así lo hubiesen pactado las partes contratantes. La consecuencia, pues, es que ya no basta una mera elevación de la renta para que se produzca el fraude a la prórroga obligatoria, tal como ocurría en la doctrina legal anterior y como sucede ahora en esta Sentencia. Actualmente esta elevación de la renta, para que constituya un fraude, ha de ser muy alta, ha de suponer un aumento especulativo, abusivo y sucesivo que, efectivamente, impida el ejercicio de la prórroga al arrendatario y le conduzca a tener que rescindir el contrato de arrendamiento (2).

(2) Como dice con exactitud la Sentencia de 20 de noviembre de 1980, «el principio básico de la prórroga del contrato... resultaría burlado al ser excesivamente onerosa la prestación del arrendatario, hasta el punto que le pondría en el trance... de hacer desistimiento del local arrendado».

Sin embargo, para hacer justicia, a la Sentencia actual le ha bastado una elevación de la renta y el razonamiento de que constituye una conculcación de las normas imperativas o de «jus cogens» sobre la prórroga obligatorio, además de alegarse la infracción del artículo 1.261 del Código civil.

Este laconismo formal, abstracto y despersonalizado ante el caso concreto, sin una sola referencia a la cuantía de la renta, al exceso que ha supuesto la aplicación del «índice del nivel de vida», es preocupante en cuanto al modo de hacer justicia conmutativa en esta Sentencia.

También es discutible la afirmación que hace el juzgador cuando alega que el arrendador hace el aumento «infringiendo el principio establecido en el artículo 1.256 del Código civil», o sea, al entender que queda a su arbitrio. Para que ello fuese cierto, habría que comenzar examinando si el pacto establecido en la cláusula 14 del contrato fue impuesto o redactado en exclusivo beneficio del arrendador, y de modo excluyente para el arrendatario, quedando a su arbitrio la elevación de la renta. Sin embargo, se observa que la elevación se pacta y va ligada en el contrato al valor del «índice del nivel de vida», por lo cual su elevación no depende de la sola voluntad del propietario, sino de causas muy complejas de la política y el desarrollo económico y financiero del país, que resulta reflejado en el poder adquisitivo de nuestra moneda, unidad de cálculo de valores intercambiados por las partes en su relación arrendaticia.

Por tanto, no dependió del arbitrio del arrendador el que se produjese un aumento o elevación de la renta, sino que va a provenir de la alteración que sufra el valor de los índices del nivel de vida.

De este modo, parece improbable que una alteración externa del valor de dicho índice haya quedado a merced del arrendador; lo pactado por las partes fue que, ocurrida la alteración del «índice del nivel de vida», pudiese elevarse la renta cada año; al no elevarse el valor del «índice de vida» tampoco se elevaría la renta; si la elevación de la renta se produjese, no por la alteración del índice, sino conforme a la voluntad exclusiva del arrendador, entonces sí que estaríamos ante el supuesto que infringe el principio establecido por el artículo 1.261 del Código civil. Si ello fue así, o considerado por el juzgador, desde luego no fue concretamente explicitado y sí, tan sólo, enunciado simplemente.

JOSÉ BONET CORREA

LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR QUE VENDE PISOS Y LOCALES DEFECTUOSAMENTE CONSTRUIDOS

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Los hechos*.—II. *La Sentencia del Tribunal Supremo*.—III. *Consideraciones críticas*: 1. Introducción. La caracterización del promotor-vendedor. 2. Planteamiento del problema. 3. La solución del problema. 4. Opinión personal.

I. LOS HECHOS

El Presidente de una Comunidad de Propietarios demanda al promotor que ha vendido un inmueble por pisos (1) por presentar graves defectos de construcción. En la demanda se señala que la construcción se llevó a cabo sin ajustarse a los planos y memorias y con materiales de ínfima categoría. Se suplica que se dicte sentencia en la que se condene al promotor-vendedor a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales desde la interposición judicial y las costas del juicio. En la contestación a la demanda se alega excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que el actor únicamente demanda a la empresa vendedora del inmueble, pero no a los constructores del mismo, y excepción de caducidad, ya que los defectos de construcción observados en el inmueble debían haber sido denunciados en el plazo máximo de seis meses que establece el artículo 1.490 de nuestro Código civil.

El Juez de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revoca el fallo de la Sentencia apelada, condenando al promotor-vendedor a que indemnice de daños y perjuicios a la Comunidad de Propietarios. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación con apoyo en cinco motivos, referidos en los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo. Este no da lugar a la casación, entendiéndose que no debe prosperar ninguno de los motivos del recurso.

(1) No se especifica con claridad en esta Sentencia del Tribunal Supremo el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble. Como vamos a ver más adelante, igual circunstancia se aprecia en otras Sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la responsabilidad del promotor-vendedor.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba, se basa en los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que argumentando frente a la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de noviembre de 1978, como primer motivo del recurso la violación de los artículos cuatrocientos sesenta, cuatrocientos sesenta y dos, cuatrocientos sesenta y cinco y quinientos tres - tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender, el actor, que dirigida la demanda de conciliación a don M. P. R. «a título exclusivamente individual» y la demanda inicial del litigio en curso contra «una Sociedad Anónima con personalidad propia, evidentemente distinta de la personalidad de sus miembros», han sido infringidos aquellos preceptos, singularmente los artículos cuatrocientos sesenta y cuatrocientos sesenta y dos de la Ley Procesal Civil, en cuanto exigen el requisito previo de la conciliación para promover cualquier juicio declarativo no expresamente exceptuado por la ley, tesis improsperable sin más que la comprobación de que se formula no solamente sin citar el concepto en que los preceptos relatados se han vulnerado, sino contrariando el texto tanto de la papeleta de conciliación, que se dirige al demandado pidiéndole expresamente, y ante todo, el reconocimiento de ser «el legal representante de la entidad jurídica denominada COP, S. A., dedicada a la construcción y venta de viviendas protegidas por el Estado», como el de la demanda principal igualmente interpuesta «contra M. P. R... en su cualidad de Administrador-Gerente de la entidad COP, S. A.», todo ello aparte de la índole procesal de los preceptos supuestamente infringidos que no permiten fundar el recurso interpuesto en el fondo.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo a examinar por este Tribunal, tercero de los expuestos, por inadmisión, en el trámite oportuno, al del segundo, en el que se denuncia la violación por inaplicación del artículo mil cuatrocientos noventa del Código civil, ya que, según el recurrente, fundada la acción, que en la demanda se ejercita, única y exclusivamente en el contrato de compraventa celebrado por la constructora COPSA y los distintos propietarios integrados en la comunidad actora, tal y como se expone en el hecho segundo del escrito de réplica que fue acogido por la sentencia de primer grado, la indemnización que la sentencia de la Audiencia otorga al demandante, que ejercita su acción después de transcurridos, con mucho, los seis meses de plazo que señala aquel precepto para la responsabilidad del vendedor, en los supuestos del artículo mil cuatrocientos ochenta y cinco del propio Código, supone una infracción del repetido artículo mil cuatrocientos noventa del Código civil, razonamiento del impugnante que hace omitiendo que si bien es cierto que en aquel punto del escrito de réplica se habla de los vicios o defectos ocultos existentes en el inmueble, como determinante de la responsabilidad del vendedor demandado, y, también, que se hace cita a la vez el artículo mil cuatrocientos ochenta y cuatro del Código, no lo es menos que en el propio escrito y en la demanda, luego de extenderse el actor-demandante en los daños y perjuicios que reclama —postula

ción ciertamente en desacuerdo con lo que prevé el artículo mil cuatrocientos ochenta y seis del Código para el supuesto de responsabilidad por saneamiento— en razón a la «deficientísima construcción del edificio», «empleando materiales de inferior categoría», «con gravísimas deficiencias en la cubierta» y con «extensas zonas de fuertes humedades en algunos puntos» se invoca también, repetidamente el artículo mil quinientos noventa y uno del Código, acentuando especialmente la doctrina de los Tribunales interpretadora de este último precepto, creando, con tales inseguridades, una situación un tanto ambigua que, sin embargo, no tiene otro alcance que el de poner de manifiesto un cierto confusionismo técnico en el actor, que la sentencia impugnada, luego de acusarlo como «insistencia en la equivocada invocación de normas legales», acertadamente supera, «ya que ello de ningún modo puede afectar a la naturaleza de la acción determinada por los hechos que constituyen los fundamentos de pedir», los cuales permiten concluir que se trata, en sustancia, de las reclamaciones, de las reclamaciones, muy de nuestro tiempo, hechas por los compradores de pisos y locales a promotores o vendedores por supuestos defectos constructivos, independientes de todo vicio del suelo o de la construcción, con adecuado encaje en el artículo mil quinientos noventa y uno del Código, conforme a la interpretación jurisprudencial de que son muestra las sentencias que la resolución impugnada cita y las de once, diecisiete y veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta y cuatro y uno de abril de mil novecientos setenta y siete, entre otras muchas de esta Sala, en que se da acogida a la responsabilidad del promotor-vendedor, aunque esta figura no esté contemplada —por una razón de puro orden cronológico— en la literalidad del citado precepto legal, en cuyo tiempo de promulgación era desconocida su existencia.

CONSIDERANDO: Que el razonamiento precedente hace decaer el motivo del recurso a que se contrae —tercero de los citados en el escrito de formalización— y en la misma situación de improsperabilidad el cuarto de los traídos por el recurrente, que con éste pretende una supuesta infracción de ley por violación del artículo seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, olvidando que el análisis y apreciación de la prueba pericial corresponde al Tribunal sentenciador, máxime cuando éste ha enjuiciado, como en el caso presente, la pericial y el reconocimiento judicial en la valoración conjunta de prueba, en cuyo cometido es soberano, salvo que se evidenciase lo absurdo o arbitrario de sus conclusiones.

CONSIDERANDO: Que el quinto motivo del recurso, formulado con cita del número dos del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponiendo bajo su amparo una violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de esta Ley es inadmisibles, pues que se postula como incongruencia el que la Sentencia que se recurre se separe «de las cuestiones de *iure* que las partes han sometido a decisión «sin tener en cuenta que la congruencia debe entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito (Sentencia de dieciocho de marzo de novecientos treinta y seis y veintinueve de abril de mil novecientos setenta y siete) y no con las citas legales alegadas por las partes, conforme a una notoria doctrina jurisprudencial en aplicación del brocardo *de mihi factum dabo tibi ius*.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos antedichos conducen a la desestimación del recurso con las declaraciones accesorias que establece el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo la relativa al depósito no constituido por no ser legalmente exigible.

III. CONSIDERACIONES CRITICAS

1. *Introducción. La caracterización del promotor-vendedor.*— En esta Sentencia se plantea de nuevo el problema de la responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos. En los últimos años han sido publicadas numerosas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se enfrentan con el mismo. Este dato evidencia, indudablemente, la gran importancia que ha alcanzado la figura del promotor en nuestro país, que es considerado con razón, el nuevo protagonista de la construcción. Serán precisamente los adquirentes del inmueble defectuosamente construido por el promotor, que normalmente constituirán la Comunidad de Propietarios, los que accionen contra él para hacer efectiva la responsabilidad en que ha incurrido. El Presidente de la Comunidad de Propietarios ejercitará la correspondiente acción en representación de ésta (artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 («BOE», de 23 de julio) (2).

La determinación de los perfiles jurídicos del promotor es absolutamente necesaria para poder enjuiciar críticamente la doctrina de la sentencia que comentamos y, en general, la posición de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor que enajena pisos y locales defectuosamente construidos. La conveniencia de precisar el significado del promotor es además reforzada por el hecho de que, como dijimos en la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1980 (3), existe un problema terminológico, utilizándose, a veces, para designar a profesionales que no tienen mucho que ver con el auténtico promotor. Con buen criterio se ha destacado la existencia de «falsos promotores» (4).

La aparición de la moderna figura del promotor está determinada básicamente por el auge extraordinario que ha experimentado en nuestro país la propiedad horizontal, debido a la confluencia de una serie de factores de orden económico y sociológico (5). La venta de pisos y locales al poco tiempo de haber sido ter-

(2) Consúltense nuestro comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 199-201), donde nos referimos a la cuestión de la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. Véase también CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 189, y HERRERA CATENA, *Legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C. c.*, en Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, 1969, páginas 19-20. La Sentencia de 21 de diciembre de 1981 afirma dicha legitimación. También la de 30 de abril de 1982.

(3) En este ANUARIO, 1980, I, p. 209.

(4) SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, en Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino, XIII congreso, Barcelona, 1975, p. 34.

(5) Véase Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1981, pp. 293-294), y LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil III-2.º*, Barcelona, 1980, p. 309-310, que exponen dichos factores.

minada la construcción del edificio (la venta «llave en mano»), la venta de pisos y locales en proyecto o construcción (la venta «sobre plano») y la construcción en comunidad, son las modalidades más frecuentes de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país (6). En todas ellas interviene el promotor, porque la construcción del inmueble y, en general, el nacimiento de la propiedad horizontal, exige la intervención de un profesional que se ocupe de llevar a cabo las múltiples actividades que aquella requiere. Esto es particularmente necesario cuando la operación de construcción proyectada alcanza grandes dimensiones, debido al gran número de problemas técnicos, jurídicos y financieros que van a surgir.

A nadie se le oculta que el constante aumento de esta manera de construir está motivando un constante retroceso del procedimiento clásico de construcción que contempla nuestro Código civil: el propietario contrata en primer lugar al arquitecto y, una vez que tiene los planos, al contratista, quien realizará las obras bajo la dirección de aquél (7). Hoy en día, tanto para la construcción de viviendas individuales agrupadas como para los inmuebles en copropiedad, los particulares se dirigen cada vez más frecuentemente a los promotores, que conciben, coordinan y acometen la realización de los conjuntos inmobiliarios, de acuerdo con las nuevas técnicas de construcción. La transformación operada no ha dejado de plantear problemas, como puede ser la dificultad para insertar a la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica de la construcción, en el marco jurídico tradicional. El profesor DÍEZ-PICAZO (8) se ha referido a este problema al examinar las relaciones entre la tecnología y el Derecho privado. Se ha señalado —dice DÍEZ-PICAZO— que el sistema civil del llamado «saneamiento por defectos ocultos de las cosas vendidas» en su doble variante de acción redhibitoria y de acción *quantum minoris* o de reducción de precio, estuvo inicialmente proyectado para el pacífico desarrollo del mercado existente en la vieja *civitas* romana, gobernado por los ediles curules y dedicado al intercambio de los productos elementales de la agricultura o de animales. Este mismo sistema se intenta aplicar hoy en día a la venta de pisos recién construidos o a la venta de maquinaria muy compleja. Y la verdad es que funciona muy mal... El juego de las acciones redhibitoria y *quantum minoris* está además sometida al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490, que cuadra bien con un comercio rápido de bienes inmediatamente consumibles, pero mal en las cosas duraderas, porque seis meses no es tiempo suficiente para descubrir el defecto (por ejemplo, las goteras en los pisos de nueva construcción) y en todo caso el transcurso es demasiado perentorio. Estos hechos, muy someramente expuestos, explican lo que podría llamarse la incertidumbre, la confusión o el balanceo que la jurisprudencia de nuestro país, situada frente a la hipótesis, ha experimentado entre

(6) Consúltese SAPENA CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...* pp. 74 y ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones privadas, Madrid, 1973, pp. 69 ss.

(7) Cfr. FLAMME y LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, 1966, pp. 22-23; MARTY, *La responsabilité des constructeurs de bâtiments en droit français*, Strasbourg, 1968; CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, pp. 200-201.

(8) DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Madrid, 1979, pp. 91-93.

las típicas acciones pretorias, la anulabilidad por error y la resolución por el juego del artículo 1.124.

No es una tarea sencilla precisar con rigor los perfiles jurídicos del promotor. Debe tenerse en cuenta que su aparición es relativamente reciente, como ha destacado nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias que lo contemplan. En el plano legislativo observamos que nuestro Código civil no se refiere al promotor. En el capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios se menciona exclusivamente al arquitecto y al contratista; en el título dedicado a la compraventa no existe una normativa específica sobre el promotor-vendedor y las ventas de pisos y locales terminados, en proyecto o en construcción, como sucede, por ejemplo, en el Derecho francés. La razón por la que el Código civil no contempla al promotor ha sido señalada por nuestro Tribunal Supremo: no era conocido este profesional al elaborarse el Código civil. En cambio, observamos que en el marco de la legislación de viviendas de protección oficial (Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978 («BOE», de 8 de noviembre) y Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 («BOE», de 16 de enero de 1979) y el promotor es contemplado, aunque no es definido y se perfila a base de caracteres eminentemente formales en cuanto sujeto de un expediente para la obtención de los beneficios fiscales y financieros que establece la mencionada legislación. Esto lo ha expresado con claridad GARCÍA-BERNARDO (9), al precisar que la esencia del promotor es que su actividad en la construcción de viviendas ha sido considerada por el Instituto Nacional de la Vivienda y la ha calificado provisional o definitivamente en el sentido de conferirle unos beneficios que conserva, si cumple ciertas limitaciones contractuales. Que su actividad en la construcción sea la de contratista o la del dueño que paga al contratista su obra, la casa que construya, no tiene relevancia. Al Estado le interesa la edificación y no le preocupa que construya el promotor o que el promotor pague la construcción al contratista. Por su parte, en el terreno jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1966 (9 bis) apunta que la legislación de viviendas de protección oficial se asienta en el nexo del organismo administrativo propulsor del sistema con el promotor, quien a cambio de los beneficios que se le otorgan se vincula directa y personalmente al cumplimiento de las obligaciones, entre las que entra primordialmente la correcta ejecución de lo construido por sí o por contrata (Considerando 3.º).

Fuera del marco de la protección oficial, la Ley de 27 de julio de 1968 («BOE», de 29 de julio) no define al promotor, pues tan sólo trata de proteger a los cesionarios de viviendas que han entregado una determinada suma de dinero antes de que el promotor haya iniciado la construcción o durante la misma.

(9) GARCÍA-BERNARDO, *Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial*, I, Pamplona, 1970, p. 115. En parecido sentido se pronuncian los autores que han examinado la legislación de viviendas de protección oficial: ESPINOSA DEL RÍO, *Viviendas de protección oficial*, I, Barcelona, 1970, pp. 102 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Las viviendas de protección oficial en el ordenamiento español*, Madrid, 1968, p. 39; HERRERO Y CAPA, *La protección oficial en la construcción de viviendas*, Madrid, 1969, pp. 73 ss.; VILLAR EZCURRA, *El promotor de viviendas de protección oficial*, Madrid, 1981, pp. 33 ss.

(9 bis) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 510. Esta Sentencia es de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo

El Decreto de 12 de diciembre de 1968 («BOE», de 24 de diciembre), que contempla la construcción en régimen de comunidad, es algo más explícito, porque precisa las principales actividades del promotor. Según el artículo 1, será aplicable lo dispuesto en el presente Decreto a las personas físicas o jurídicas que individualmente o agrupadas, siendo titulares de un solar o con opción de compra o promesa de venta sobre el mismo, pretenden la construcción de un edificio o conjunto de edificios, obteniendo para ello o para la adquisición del solar, cantidades anticipadas de los comuneros, de los aspirantes a esta cualidad o de los adquirentes en régimen de propiedad horizontal, obligándose a llevar a cabo tal construcción y adquisición en su caso, y constituir bien una comunidad de bienes o bien a someter el edificio, una vez construido, al régimen de propiedad horizontal de la Ley de 21-VII-1960».

Es interesante resaltar que la Ley de Propiedad Horizontal, que no disciplina la «prehorizontalidad», como hubiera sido deseable (10), alude en los últimos párrafos de la exposición de motivos a la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destina precisamente a la enajenación de pisos, y el caso, menos frecuente, de que varios propietarios de un edificio traten de salir de la indivisión de mutuo acuerdo, o construyan un edificio con ánimo de distribuirlo, *ab initio*, entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamentos o fracciones independientes.

Las dificultades señaladas no deben impedir la determinación de los perfiles jurídicos del promotor, aunque ello no sea fácil. Como se deduce de las disposiciones legales citadas, es importante tener presente que existen diversos tipos de promotores, que pueden distinguirse con cierta facilidad. Los más importantes son el promotor que encamina su actividad a la construcción y venta de pisos y locales y el promotor de comunidades, que no se propone la venta de los pisos y locales construidos, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros. A diferencia del promotor-vendedor, el promotor de comunidades no es en ningún momento propietario del inmueble que se construye.

Debido a que la Sentencia que comentamos se refiere exclusivamente al promotor-vendedor, juzgamos conveniente limitar nuestro objetivo a la determinación de los caracteres jurídicos del mismo, sin que dejemos de reconocer la gran importancia que está adquiriendo en nuestro país el promotor de comunidades (11).

Atendiendo a las actividades que realiza habitualmente el promotor-vendedor y la finalidad que persigue, puede ser definido como «aquella persona natural o jurídica que promueve y organiza la construcción de un inmueble, que consta

(10) La prehorizontalidad existe durante la fase de construcción del inmueble proyectado para que pertenezca por pisos y locales a diferentes personas, que se integrarán en la Comunidad de Propietarios. Sobre el significado de la prehorizontalidad puede consultarse el excelente y extenso estudio de DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, al que ya nos hemos referido anteriormente.

(11) En el momento de la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal, la construcción en comunidad era poco frecuente; de aquí los términos de la exposición de motivos de esta Ley. Sin embargo, hoy en día se está acentuando esta manera de constituir el régimen de propiedad horizontal.

de diversos pisos y locales, para venderlo a determinadas personas cuando ha sido concluido o se encuentra en proyecto o construcción».

En la definición propuesta aparecen las características esenciales del promotor-vendedor, que lo diferencian del promotor de comunidades y de los restantes sujetos que operan en el ámbito de la construcción inmobiliaria. Básicamente son tres las notas que lo caracterizan:

1.ª) *El promotor-vendedor es una persona natural o jurídica.*—No cabe duda que puede actuar como promotor-vendedor tanto una persona natural como una persona jurídica. Así lo señalan las diversas disposiciones legales que se refieren al mismo (artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968, artículo 2 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y artículo 7 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978). Al lado de los promotores privados cabe afirmar la existencia de promotores públicos, que son organismos estatales que actúan en el ámbito de la protección oficial. El artículo 2 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y el artículo 7 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 se refieren a ambos tipos de promotores. En el capítulo 3.º del mencionado Real Decreto se disciplina la promoción pública de viviendas de protección oficial. El artículo 40 se refiere concretamente a las viviendas promovidas por el Instituto Nacional de la Vivienda, la Administración del Patrimonio Social Urbano y otros Entes públicos. El Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 («BOE», de 30 de diciembre) contempla a las sociedades estatales que actúan como promotoras de viviendas de protección oficial.

También se distingue el promotor que se ocupa de construir personalmente el inmueble, de acuerdo con el plano elaborado por el arquitecto, y el promotor que hace construir el inmueble, es decir, contrata a un contratista para que éste lo construya, según el plano elaborado por el arquitecto. Estos dos tipos de promotores operan en el tráfico, y a ellos se refiere la doctrina (12). En el Derecho francés apreciamos que el artículo 1.792-1 del Código civil, cuyo texto procede de la Ley de 4 de enero de 1978, se refiere a ambos tipos de promotores.

En la práctica, aunque es perfectamente posible que un particular acometa la realización de un inmueble, debemos decir que los programas de construcción inmobiliaria que tienen importancia son obra de las sociedades promotoras, también conocidas con el nombre de sociedades inmobiliarias o constructoras, que suelen ser poderosas sociedades anónimas (13).

El ejercicio de la actividad de promoción inmobiliaria es libre en nuestro país. Basta con obtener el documento de calificación empresarial, según establece la Orden de 3 de agosto de 1979 («BOE», de 17 de agosto), que se refiere al promotor-constructor. Esta disposición se remite al Real Decreto-Ley de 27 de

(12) ROVIRA JAÉN, *La compraventa de cosa futura* en Estudios de Derecho privado, vol. 2.º, dirigidos por MARTÍNEZ-RADIO, Madrid, 1965, pp. 149-150; ROGEL, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1979, pp. 314-315; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3., Barcelona, 1979, p. 186; FLAMME-LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise...*, p. 23; BAUGNIET, *La responsabilité des constructeurs de batiments en droit belge*, Strasbourg, 1968.

(13) Véase *Formularios para la actividad inmobiliaria*, Madrid, 1980, pp. 10 y ss., donde aparece el modelo de la escritura de constitución de una sociedad anónima de promoción inmobiliaria.

octubre de 1972 («BOE», de 27 de octubre), que hace depender el otorgamiento del documento de calificación empresarial tan sólo del cumplimiento de una serie de requisitos de carácter social, fiscal y asegurador de accidentes (14).

2.ª) *El promotor-vendedor promueve y organiza la construcción del inmueble.*—Hemos apuntado que el desarrollo de la propiedad horizontal ha sido el que ha determinado el auge de la promoción inmobiliaria. Es necesaria la intervención de un profesional que se ocupe de realizar todas las actividades que sean necesarias para la realización del inmueble y la constitución del régimen de la propiedad horizontal. En este sentido el promotor-vendedor ha de realizar las actividades siguientes:

a) *La determinación del tipo de construcción.*—El promotor-vendedor tiene que determinar el tipo de construcción que desea acometer. Para ello tendrá que proceder a una serie de estudios preliminares, de carácter económico y jurídico. En base a estos estudios, el promotor-vendedor podrá tener una idea clara de la posible utilización del terreno donde desea construir el inmueble, de las reglas de urbanismo aplicables, de la posible clientela y sobre todo del coste aproximado de la construcción.

El promotor-vendedor puede llevar a cabo una promoción libre o acogerse a la normativa sobre viviendas de protección oficial. En este caso deberá acomodar la construcción y la venta de los pisos y locales a las condiciones legales que establece la vigente normativa de viviendas de protección oficial.

b) *La adquisición del terreno sobre el que ha de construirse el inmueble.*—Si el promotor-vendedor no dispone del terreno necesario para la construcción del inmueble proyectado, tiene que proceder a su adquisición. En este caso es frecuente que el promotor-vendedor inicie la operación inmobiliaria, teniendo sobre el terreno un derecho de opción de compra. Sin embargo, debido al elevado coste del terreno urbano por factores sobradamente conocidos, se han impuesto en la práctica determinados procedimientos que permiten al promotor-vendedor adquirir la propiedad del terreno sin tener que desembolsar una importante suma de dinero en el inicio de la operación inmobiliaria. El procedimiento más utilizado consiste en la permuta de terreno por pisos y locales en el edificio que ha de construir el promotor-vendedor. No se trata de una permuta simple, sino que está cualificada por la obligación del adquirente del terreno (el promotor-vendedor) de proceder a la construcción del inmueble. Hay, pues, un contrato de permuta con prestación subordinada de obra. A veces, la operación reviste un carácter mixto, pues el dueño del terreno recibe a cambio no sólo uno o varios pisos o locales, sino también una determinada suma de dinero (15). En la práctica

(14) Tiene interés consultar el libro «*Problemes de la promotion immobiliere depuis les lois du 16 juillet 1971*», Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), París, 1973. En el mismo aparecen dos interesantes estudios de JESTAZ y PARICAUD sobre la «*Organisation professionnelle de la promotion immobiliaria*», pp. 51 ss., y un interesante debate donde intervienen prestigiosos especialistas en esta materia: SAINT-ALLARY, JESTAZ, PARIE CUAD, CROIZE, PEYRE, BREHAM, DEWISME y GRANELLE.

(15) Apunta DE LA CÁMARA ALVAREZ (*La insuficiencia normativa...*, p. 70) que este procedimiento es cotidianamente vivido por los notarios, y permite al

se han ideado otros procedimientos, que exponen con detalle DE LA CÁMARA ALVAREZ y otros autores (16).

c) *La financiación de la construcción del inmueble.*—El promotor-vendedor ha de obtener los fondos necesarios para lograr la construcción del inmueble proyectado. Téngase en cuenta que debe abonar el precio estipulado con los profesionales que intervienen en la construcción, el importe del terreno, a no ser que utilice alguno de los procedimientos a que hemos hecho referencia, el importe de los materiales, los gastos de publicidad y comercialización, las cargas fiscales y los contratos de seguro para cubrir los riesgos de la construcción.

El problema de la financiación de la construcción del inmueble, que es el más difícil de resolver, está determinado en buena medida por el tipo de construcción adoptado. Cuando el promotor-vendedor se acoge al régimen de viviendas de protección oficial, puede obtener los préstamos, anticipos, subvenciones, primas y beneficios que la vigente normativa de viviendas de protección oficial concede para potenciar este tipo de construcción, de marcado carácter social, siempre que cumpla las condiciones exigidas por dicha normativa (artículos 4 a 6 del Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y artículos 21 a 37 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

En el marco de la construcción de viviendas de protección oficial, el promotor-vendedor puede inclinarse por la venta de pisos y locales terminados o por la venta de pisos y locales en proyecto o construcción. En el primer caso tendrá que recurrir a sus propios fondos y a los préstamos, anticipos, subvenciones y primas contemplados en la legislación de viviendas de protección oficial. En el segundo caso, los propios compradores financian en parte la construcción, realizando diversos desembolsos en el momento de la celebración del contrato y a lo largo de la construcción del inmueble. Contará, además, el promotor-vendedor con los préstamos y demás beneficios financieros que establece la citada legisla-

propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos y financieros para construir, y ofrece al promotor la posibilidad de emplear su equipo, es decir, su material, sus hombres y su dinero, sin necesidad de soportar (al menos, íntegramente) el desembolso, generalmente cuantioso, que representará la compra del solar. Sobre este peculiar negocio existe una literatura abundante: DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 133 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración al contrato de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir*, en la Revista de Derecho Notarial, 1967, pp. 277 ss.; MERINO, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pp. 345 ss. A nivel jurisprudencial destacan la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1972, anotada por MERINO (*Loc. cit. ant.*), que afirma que se trata de una fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que encaja dentro de los términos del artículo 1.538 del Código civil, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el intercambio, y la Sentencia de 22 de mayo de 1974 (*Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 242), que, en cambio señala que el negocio en cuestión es un contrato atípico que no encaja en su conjunto en ninguna de las figuras contractuales que define y regula específicamente el Código civil, si bien puede tener rasgos y peculiaridades que no en su totalidad, sino en parte, pueden resultar comunes o afines con alguna de aquellas figuras contractuales, pero con las que no se identifica.

(16) Véase DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 134 y ss. y SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 50 ss..

ción. Es muy importante tener en cuenta que si el promotor-vendedor recibe anticipadamente dinero de los compradores está obligado a cumplir los requisitos establecidos por el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, que trata de proteger a los compradores. De la disposición final primera del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 se infiere con claridad la vigencia del citado precepto del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (17).

Si la obra inmobiliaria queda al margen de la legislación de viviendas de protección oficial, el promotor-vendedor no puede contar, lógicamente, con los beneficios financieros que la misma establece. Podrá proceder a la venta de los pisos y locales terminados, en cuyo caso sólo habrá de recurrir a sus propios fondos y a las entidades financieras, solicitando préstamos para la construcción. Debido al elevado costo que ocasiona esta forma de financiación, que exige solicitar importantes préstamos que incidirán en gran medida sobre el precio de venta perjudicando una comercialización favorable, el promotor se orienta hacia la venta del inmueble cuando se encuentra en fase de proyecto o construcción. El promotor busca durante la construcción, e incluso antes de que el inmueble comience a construirse, a los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y en el curso de la construcción una suma a cuenta del precio, financian con sus propios fondos una parte del costo de la construcción. Esta modalidad de financiación, muy extendida en nuestro país, está contemplada por la Ley de 27 de junio de 1968 («BOE», de 29 de julio). Esta Ley, que se aplica a las viviendas que no sean de protección oficial, impone al promotor el cumplimiento de una serie de obligaciones, a fin de que, como dice su exposición de motivos, estén protegidos los compradores que han entregado anticipadamente una suma de dinero al promotor-vendedor (18).

Para facilitar la financiación de la construcción del inmueble se establece en las condiciones generales de este tipo de contratos que los compradores autori-

(17) Sobre la interpretación del artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, véase GARCÍA-BERNARDO, *Piso futuro y viviendas acogidas*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, pp. 746 ss.

(18) Sobre la interpretación de la Ley de 27 de junio de 1968, véase SAPE-NA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 90 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 85 ss., y MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 10-66-1069. En general, esta disposición legal ha sido objeto de duras críticas por parte de nuestra doctrina, no faltando autores que consideran conveniente la promulgación de una nueva ley que proteja más eficazmente a los compradores. Nosotros hemos puesto de relieve que es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor importantes cantidades de dinero (este ANUARIO, 1980, I, p. 223, nota 73). Sobre todo se señala que la Ley de 27 de junio de 1968 no contempla la posibilidad de que el promotor, después de haber vendido los pisos en construcción o en proyecto, transfiera dos veces la vivienda, enajene todo el inmueble, lo hipoteque o grave sin el consentimiento de los compradores, ni nos dice lo que ocurre si se lo embargan a consecuencia de obligaciones, a veces totalmente ajenas a la construcción. La Ley no debería permitir al promotor-vendedor que percibiera cantidad alguna a cuenta mientras el derecho del comprador no estuviera jurídicamente asegurado: escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Así lo señalan los autores citados y FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1979, p. 108.

zan al promotor-vendedor para que gestione la obtención de un préstamo, con la garantía hipotecaria del inmueble, con el interés, plazos y condiciones que libremente concierte y que sean las usuales de la entidad prestamista.

d) *El cumplimiento de las exigencias de carácter administrativo y urbanístico que requiera la construcción del inmueble.*—La realización del programa de construcción está subordinada a la obtención de la licencia municipal, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 178,1 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976 («BOE», de 16 y 17 de junio). A tal fin deberá el promotor-vendedor cumplimentar los requisitos necesarios para la obtención de la licencia, que son determinados por el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 («BOE», de 15 de julio).

El promotor-vendedor está obligado a realizar todas las actividades necesarias, bajo cuya condición se ha concedido la licencia. La importancia de la realización de las mismas viene determinada por el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, a cuyo tenor «las licencias quedarán sin efecto si se incumpliesen las condiciones a que estuviesen subordinadas».

Cuando las viviendas son de protección oficial, el promotor-vendedor debe cumplimentar todos los requisitos que son exigidos legalmente para la concesión de los beneficios legales que establecen el Real Decreto-Ley de 31 de octubre de 1978 y el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978. Fundamentalmente, el promotor-vendedor deberá solicitar la calificación provisional y la calificación definitiva (artículos 16 a 20 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

Como paso previo para el otorgamiento de la cédula de habitabilidad por la autoridad administrativa competente, el Decreto de 24 de febrero de 1972 («BOE», de 6 y 7 de mayo) establece que cuando se trate de primeras ocupaciones de edificios destinados a viviendas o alojamientos de carácter residencial, no acogidos al régimen de viviendas de protección oficial, los promotores presentarán en la correspondiente Delegación Provincial de la Vivienda, a la terminación de las obras, los siguientes documentos: a) Cuestionario estadístico de edificación y viviendas terminadas establecido por la Orden de la Presidencia del Gobierno de 13 de noviembre de 1968 y relación complementaria de identificación de las viviendas; b) Certificado final de obras suscrito por el Arquitecto Técnico o Aparejador y Arquitecto y visado por los respectivos Colegios Profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto de 11 de marzo de 1972, en el que se hará constar expresamente el número total de viviendas terminadas.

Están exentas de la exigencia de la cédula de habitabilidad las primeras ocupaciones de viviendas acogidas al régimen de viviendas de protección oficial (artículo 3).

e) *La realización de la construcción de los pisos y locales.*—El promotor-vendedor se compromete a entregar a los compradores unos determinados pisos y locales en el plazo estipulado. Esta obligación motiva que deba recaer exclusivamente sobre el promotor-vendedor la tarea de contratar a los diversos profesionales que han de proceder a la construcción del inmueble. El promotor-vendedor elegirá al arquitecto, que ha de realizar los planos y dirigir la ejecu-

ción de la construcción, a los restantes técnicos que han de intervenir también en la misma y al contratista, a no ser que el propio promotor-vendedor se ocupe de la ejecución material de la obra, es decir, sea promotor y contratista. También debe el promotor-vendedor adquirir los materiales necesarios para la construcción del inmueble, aunque en la práctica es el contratista elegido el que se encarga de este importante cometido. Respecto a los citados profesionales de la construcción, el promotor-vendedor desempeña la función jurídica de comitente o dueño de la obra, estando vinculado a éstos por contratos de obra y de servicios.

Al ser el promotor-vendedor el dueño de la obra proyectada controlará cómo los citados profesionales ejecutan sus prestaciones. Este derecho de control es muy importante para el promotor-vendedor, porque si los pisos y locales vendidos presentan vicios, será responsable frente a los compradores, debido a su condición de vendedor, e incluso frente a terceros perjudicados, si se cumplen los presupuestos de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuando el daño a tercero sea causado por un dependiente suyo (19). También será responsable si

(19) El arquitecto, los técnicos y el contratista responderán directamente frente a los terceros por el cauce del artículo 1.909 del Código civil, si el daño procede de vicios de la construcción que han ocasionado la ruina del inmueble, o por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, si no tiene lugar la ruina. La circunstancia de que el promotor-vendedor haya aceptado los trabajos (vg., el proyecto, los materiales, la ejecución, etc.) realizados por dichos profesionales, no excluye la responsabilidad directa de éstos frente a terceros perjudicados. Es muy significativa en este sentido la jurisprudencia norteamericana, que ha consagrado esta solución. SIMON (*Construction contracts and claims*, 1.ª ed., Mac Graw-Hill, capítulo 2.º, caso 2.2) expone ampliamente la doctrina de una importante Sentencia del Tribunal de New Jersey (*Totten versus Gruzen*, 1968), que sigue el criterio mayoritario de los Tribunales actuales. El caso se refiere a determinadas viviendas que un organismo promotor, después de haberlas construido con la ayuda de diversos profesionales (arquitecto y contratistas), arrendo a determinadas personas. Una parte del sistema de calefacción diseñado, instalado y aceptado, consistía en tuberías de entrada y retorno descubiertas, que corrían paralelamente al suelo y formaban una estructura a modo de escalera a algunas pulgadas de distancia del mismo. El hijo de uno de los inquilinos; de tres años de edad, intentó trepar por las tuberías y sufrió graves quemaduras. Entablado litigio en nombre del niño, el demandante basó su demanda en la negligencia cometida al construir un sistema de calefacción peligroso por llevar las tuberías descubiertas y no protegidas. Los demandados, con excepción del organismo promotor, alegaron que, una vez terminado el proyecto y aceptado por el promotor, habían quedado libres de toda responsabilidad frente a terceros, ya que cuando el organismo promotor aceptó el edificio, quedaron privados de todo control sobre el mismo y no pudieron rectificar los posibles defectos encontrados. La conclusión de este argumento por parte del arquitecto y de los contratistas era que el organismo promotor debía responder exclusivamente, como propietario, de cualquier defecto existente.

El Tribunal de New Jersey señaló que este argumento había sido ampliamente utilizado y aceptado en tiempos pasados, pero que, sin embargo, el criterio mayoritario de los Tribunales actuales era que la terminación y aceptación de una obra no exime de responsabilidad. Tal responsabilidad puede aun pesar sobre los arquitectos y los ingenieros por un diseño incorrecto, así como sobre los contratistas por materiales, equipo y ejecución de carácter defectuoso.

Debemos decir también que la responsabilidad de los profesionales que ha contratado no excluye la posible responsabilidad del promotor-vendedor frente a

se produce demora en la entrega de los pisos y locales vendidos; a tal fin tendrá que procurar que el inmueble se construya en el plazo estipulado con los compradores. Con carácter general, los artículos 1.100 y 1.101 del Código civil establecen las consecuencias de la mora en el cumplimiento de las obligaciones. Además tendrá aplicación el artículo 3 de la Ley de 27 de julio de 1968, cuando los compradores han entregado al promotor-vendedor dinero a cuenta y el inmueble no es de protección oficial.

El promotor-vendedor podrá hacer efectiva las responsabilidades en que hayan podido incurrir el arquitecto, el contratista y, en general, los técnicos que ha empleado en la construcción del inmueble. Normalmente se dirigirá contra ellos en vía de regreso, es decir, cuando los compradores hayan interpuesto una acción contra él. Así se infiere de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1982 (Considerando 4.º).

Aunque en el clausulado de las condiciones generales de los contratos que celebran los promotores-vendedores aparecen cláusulas exoneratorias o limitativas de sus responsabilidades, es indudable que sólo son lícitas en la medida que lo autoriza la normativa del Código civil sobre la compraventa y las normas generales del Derecho de Obligaciones (artículos 1.102 y 1.103 del Código civil). El carácter imperativo de la Ley de 27 de julio de 1968 impide la admisibilidad de cualquier cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad. Lo mismo hay que decir de la responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil, que, como veremos más adelante, tiene aplicación en la venta de pisos en proyecto o construcción. Este precepto se basa en consideraciones de orden público, ya que la buena construcción de los inmuebles es esencial para la seguridad pública. No puede excluirse o limitarse la responsabilidad decenal disciplinada por el artículo referido, pues ello comprometería a la propia seguridad pública (20).

Cuando el promotor-vendedor se acoge al régimen de viviendas de protección oficial, tiene que procurar que las obras se ejecuten de acuerdo con el proyecto presentado junto con la calificación provisional. Es tan importante esto, que en el supuesto de que el promotor-vendedor quiera hacer modificaciones respecto al proyecto deberá ponerlo en conocimiento de la correspondiente Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. En todo caso, se impone al promotor-vendedor que ponga en conocimiento de la correspondiente Delegación tanto el comienzo como el final de las obras, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tuvieron lugar, mediante certificación expedida al efecto por el Arquitecto director. En caso de promociones a ejecutar por fases, el comienzo y el final de las obras se comunicará por separado respecto de cada una de ellas (artículo 16 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

En cuanto al plazo para comenzar o terminar las obras, no dice nada el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, pero al conceder treinta meses, a partir

terceros perjudicados, si se cumplen los presupuestos de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, cuyo apartado 4.º exige una relación de dependencia. Sucede que algunos de los sujetos que intervienen en el proceso edificatorio están vinculados al promotor-vendedor por una relación habitual de dependencia, sobre todo cuando es una empresa que cuenta con su propio equipo técnico.

(20) En este sentido. CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 99-100), que menciona a numerosos autores que se pronuncian de esta manera.

de la obtención de la calificación provisional para solicitar la calificación definitiva, está indicando tácitamente que las obras deberán estar terminadas antes de que concluya dicho plazo, al ser la terminación de las obras uno de los requisitos legales que esta disposición legal exige para que el promotor pueda solicitar la calificación definitiva (artículo 17 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978).

Cuando se trate de promociones a ejecutar por fases, de conformidad con el artículo 17 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978, la terminación de la primera fase debe tener lugar antes que expire el plazo de treinta meses mientras que para las sucesivas se otorga un plazo de veinticuatro meses, desde la iniciación de cada una de ellas, dentro del cual debe haberse acreditado su terminación. Sin embargo, no debe desconocerse que, con carácter excepcional y mediando causa justificada y sólo hasta un máximo de la tercera parte del plazo establecido, la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en virtud de la facultad que le otorga el mencionado artículo 17, está legitimada para prorrogarlos.

El promotor debe procurar que se cumplan las normas de diseño y calidad de la construcción, a las que alude el artículo 5 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978. En cuanto al diseño debe tener en cuenta las Ordenanzas Provisionales de Viviendas de Protección Oficial, aprobadas por Orden Ministerial de 20 de junio de 1969 («BOE», de 23 de mayo), pero modificadas por Orden Ministerial de 4 de mayo de 1970 («BOE», de 8 de mayo) y ampliadas por Orden Ministerial de 16 de mayo de 1974 («BOE», de 12 de junio), con modificaciones por Orden Ministerial de 21 de febrero de 1981 («BOE», de 3 de marzo). En cuanto a la calidad debe tener en cuenta la Orden Ministerial de 17 de junio de 1977 («BOE», de 14 de junio).

Desde luego, la obtención de la cédula de calificación definitiva no constituye una causa de exoneración de la responsabilidad del promotor de viviendas de protección oficial, si existen deficiencias de construcción de los pisos y locales vendidos. Así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, y, en concreto, la Sentencia de 21 de abril de 1981 (20 bis), al afirmar: «Conviene dejar sentado, desde el principio, la imposibilidad de que la empresa promotora de las viviendas de que se trata pueda verse exonerada de responsabilidad, por el solo hecho de que cuente con las pertinentes cédulas de calificación definitiva de las mismas, ya que una copiosa jurisprudencia así lo viene declarando, bien apoyándose en la teoría de los vicios ocultos, bien en la existencia de errores o negligencias de la labor inspectora (Sentencias de 18 de marzo, 24 de mayo y 9 de junio de 1969 y 9 y 29 de octubre de 1970 y 5 de marzo de 1974)» (Considerando 1.^o).

El promotor de viviendas de protección oficial está obligado, además, a entregar los pisos y locales a los adquirentes de acuerdo con las condiciones impuestas por el artículo 14 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978.

f) *El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal.*—En las condiciones generales de los contratos que celebran los promotores-vendedores se establece que éstos fijarán las cuotas de propiedad y participación de las viviendas,

locales o dependencias existentes en los edificios. Podrán también confeccionar y formalizar los estatutos de las Comunidades de Propietarios.

A nuestro juicio, no existen dificultades para que el promotor-vendedor, antes de que haya vendido algún piso o local, pueda unilateralmente otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal del inmueble. Su condición de propietario le legitima para ello. El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal precisa que el propietario único del edificio fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local en el título constitutivo al iniciar su venta por pisos, que como sabemos puede ser de pisos terminados, en proyecto o en construcción. Cuando el promotor ha vendido algún piso o local, aunque sea en documento privado, no puede otorgar sólo el título constitutivo, según la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de febrero de 1975, que sigue a otras anteriores (21).

Cabe la posibilidad de que el promotor-vendedor solicite la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando la construcción del inmueble está comenzada, según previene el número 4.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Se establece en el mismo que se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción está concluida o, por lo menos, comenzada (22).

(21) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial, núm. 38* Anotada por GARCÍA GARCÍA, en *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo*, Madrid, 1982, núm. 11.

(22) Con razón, DE LA CÁMARA ALVAREZ («*La insuficiencia normativa...*», p. 74) entiende que la expresión «construcción comenzada», que aparece en el número 4.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente, cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. El criterio técnico nos permite establecer con exactitud el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos con un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá, en efecto, considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? Por de pronto, el propio artículo 8-4 de la Ley Hipotecaria nos demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que permite que en «la inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados». Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a los efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estas interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre estas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación material aún no ha principiado a acometerse? Parece, pues, obligado para salir del atolladero, sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado».

CHICO (*Complementos al Derecho hipotecario y su legislación*, Madrid, 1974, pp. 174 ss.), después de mostrar las diferentes opiniones sobre el referido problema, concluye afirmando que «la proyección social que el Registro de la Propiedad ha de seguir realizando en un futuro exige una flexibilidad de aplicación de los principios hipotecarios que la rigen y, por supuesto, admitir la inscripción de pisos meramente proyectados al amparo de ese concepto urbanístico del «volumen edificable», que con toda su aparatosa terminología no vien a ser más que el derecho a edificar del artículo 16 del Reglamento Hipotecario».

Tiene razón DE LA CÁMARA ALVAREZ (23) cuando apunta que lo correcto sería que el otorgamiento del título constitutivo precediese a las ventas y que se informará de su contenido a los compradores, salvo que conste inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero en la práctica no sucede tal cosa. Los compradores suelen ignorar lo que consta en el título constitutivo. Por esto pueden aparecer en el mismo determinaciones que limitan el contenido de los derechos dominicales de algunos compradores, tanto sobre los elementos comunes como sobre los privativos. Así, por ejemplo, algunos compradores pueden estimar que la fijación de las cuotas de participación no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Nuestra jurisprudencia, con buen criterio, protege en semejantes casos a los compradores, señalando que no pueden ser recortados o gravados sin justificación los derechos de éstos por disposiciones del título constitutivo, de las que no tienen noticia al tiempo de comprar (Sentencias de 29 de abril y 2 de junio de 1970) (24).

3.ª) *La venta de los pisos y locales es el procedimiento de comercialización que utiliza el promotor.*—Los promotores recurren en mucha mayor medida a la venta que al arrendamiento, porque consiguen una rápida recuperación del capital invertido en lugar de su mantenimiento inmovilizado para la obtención de unas rentas siempre sometidas a bloqueo o a las normales o anormales fluctuaciones del mercado monetario. Buscan también una ganancia más o menos limitada, pero en todo caso rápida. Esto ha determinado que la venta de pisos y locales sea el procedimiento de comercialización preferido por los promotores. El mismo satisface los deseos de éstos y también la pretensión de acceso a la propiedad de pisos y locales. No cabe la menor duda de que la expectativa de una posterior venta lucrativa, junto con la seguridad del *status* de propietario, inducen a muchas personas a comprar pisos y locales, como ponen de relieve Díez-Picazo y GULLÓN y otros autores (25).

Para encontrar compradores los promotores recurren a los agentes de la propiedad inmobiliaria, que llevan a cabo una actividad de mediación, según establece el artículo 1 del Real Decreto de 18 de julio de 1981 («BOE», de 31 de julio (26). En todo caso, la publicidad actúa decisivamente en la comercialización de los pisos y locales. Además de la utilización de carteles anunciadores, se lleva a cabo en todos los medios de comunicación social, existiendo revistas destinadas a cumplir este cometido.

Cuando el promotor-vendedor percibe cantidades durante la construcción del inmueble, la Orden Ministerial de 5 de octubre de 1968 («BOE», de 10 y 11 de

Sobre el problema de la inscripción independiente de los pisos meramente proyectados, ver CHICO, *Op. cit.* ant., pp. 195-196.

Es interesante consultar también el volumen 3.º del *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, Madrid, 1979, 7.ª ed., pp. 364-365, en especial.

(23) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, p. 91.

(24) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núms. 229 y 314. En esta línea LACRUZ, *Op. cit.*, p. 323.

(25) Díez-Picazo y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1981, página 293, y SAPENA, CERDÁ y GARRIDO, *Las garantías de los adquirentes...*, páginas 27 y 28.

(26) Este Real Decreto aprueba los Estatutos Generales de la Profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria y de sus Colegios Oficiales y Consejo General.

octubre), que ha desarrollado lo establecido en el artículo 5 de la Ley de 27 de julio de 1968, configura una serie de requisitos a los que debe ajustarse la propaganda y publicidad de la venta.

En el plano jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo se ha enfrentado con la cuestión de precisar el valor de los folletos de publicidad en la venta de pisos. Frente a los anuncios poco veraces, la Sentencia de 27 de enero de 1977 (27) es digna de tenerse en cuenta. Nuestro Tribunal Supremo, confirmando los fallos del Juzgado y de la Audiencia Territorial, afirma la eficacia jurídica de la propaganda, al decir que «siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe proclamado en el artículo 1.258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa» (Considerando 3.º). En esta línea hay que citar también a la reciente Sentencia de 20 de marzo de 1982.

Debido al elevado costo de los terrenos urbanos y de la propia construcción de la obra inmobiliaria, los promotores construyen en los núcleos urbanos edificios con pluralidad de pisos y locales. La venta de éstos a diversas personas determinará lógicamente el régimen de la propiedad horizontal, que, como apunta BONET CORREA (28), se ha convertido, de hecho, en la única fórmula por la que se puede tener acceso a una vivienda, dado que los arrendamientos resultan exageradamente elevados. Precisamente, la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal pone de relieve que ésta es la hipótesis normal de constitución del régimen de propiedad horizontal en nuestro país, es decir, la construcción de un edificio por un titular que lo destina a la enajenación por pisos y locales. Este titular es el promotor-vendedor, que desempeña un papel decisivo en el nacimiento de la propiedad horizontal, es decir, en la denominada «prehorizontalidad» (29). En realidad, todas las actividades del promotor, a las que hemos hecho referencia, tienen lugar durante la prehorizontalidad, es decir, cuando el edificio, cuyos pisos y locales van a ser enajenados a diversas personas que constituirán en su día la Comunidad de Propietarios, se encuentra en construcción.

En la práctica, la venta de los pisos y locales del edificio reviste dos modalidades: la venta de pisos y locales terminados (la denominada venta «llave en mano») y la venta de pisos y locales en proyecto o construcción (la conocida venta «sobre plano»). A ambas modalidades alude el artículo 8, número 4.º de la Ley Hipotecaria, como expusimos anteriormente. La primera modalidad de venta tiene por objeto pisos y locales cuya construcción ha sido terminada o está a falta de meros detalles en el momento de la celebración del contrato. Los pisos y locales pueden ser habitados inmediatamente por los compradores. En la segunda modalidad, el promotor se obliga a edificar los pisos y locales en un determinado plazo

(27) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 122. Esta Sentencia es comentada ampliamente por RICO PÉREZ en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 345-358, y LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 50-78.

(28) BONET CORREA, *La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1961, p. 274.

(29) Sobre el significado de la prehorizontalidad, véase el documentado estudio de DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 69 ss.

y a entregárselos terminados a los compradores. Existe, pues, una obligación de edificar. Esto supone que la venta se celebra antes de que comience la edificación o en curso de la misma.

Cuando los pisos se venden a plazos, lo cual es muy frecuente, se suele establecer en los contratos pactos de reserva de dominio o condiciones resolutorias. FUENTES LOJO (30) destaca que los promotores-vendedores no hacen uso frecuente de la garantía hipotecaria.

Las modalidades de venta de pisos y locales mencionadas presentan no pocas dificultades, sobre todo la venta de pisos en proyecto o construcción, que casi nunca se efectúa con escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad. Normalmente, se suscribe un documento privado, de tal manera que no hay transmisión actual de la cuota de dominio, sino que se pacta que la adquisición efectiva de la propiedad, mediante la escritura pública, tenga lugar en el momento de la entrega del piso o local. Esta fórmula es la que ofrece menos garantías para el comprador al quedar expuesto a una serie de riesgos por insolvencia, incumplimiento o quiebra del promotor-vendedor. Con anterioridad al momento de la entrega del piso o local no se reconoce al adquirente ningún derecho real sobre el mismo. Además, esta forma de contratación se lleva a cabo mediante condiciones generales. Se establece en las mismas que el promotor-vendedor queda liberado de cargas, riesgos y responsabilidades, mientras que se agrava extraordinariamente la posición del comprador. Ya nos hemos referido en este estudio a algunas cláusulas de las condiciones generales, poniendo de relieve que cuando limitan de manera injustificadamente lesiva los derechos del comprador, deben considerarse abusivas y, por consiguiente, ineficaces (31). Debemos señalar, sin embargo, que cuando el promotor construye y vende viviendas de protección oficial existen diversas normas jurídicas que protegen a los compradores, determinando que las compraventas celebradas han de ajustarse a un contenido preceptivo y contar con el visado de la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. El artículo 13 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 dispone que «los contratos de compraventa y arrendamiento de las viviendas de protección oficial deberán incluir las cláusulas que al efecto se establezcan por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, sin perjuicio de que las partes contratantes puedan pactar las que consideren oportuno respecto de aspectos no previstos en las cláusulas antes mencionadas. Dicha obligación será directamente exigida a los vendedores y arrendadores de viviendas de protección oficial. Los contratos de compraventa y de arrendamiento de viviendas de protección oficial habrán de visarse por las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo ciento dieciséis del Decreto dos mil ciento catorce/mil novecientos sesenta y ocho de veinticuatro de julio, a petición del vendedor o arrendador. Los Patronatos de Casas Mili-

(30) FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos*, I, Barcelona, 1979, p. 108.

(31) Aceptamos la tesis defendida por DE CASTRO, «*Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*», en este ANUARIO, 1961, pp. 295 ss., como hemos evidenciado en nuestro estudio «*La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*», en este ANUARIO, 1982, I, pp. 73-86.

tares afectos al Ministerio de Defensa, así como los de las Fuerzas de Seguridad del Estado, se registrarán a estos efectos por su legislación particular».

Una Orden Ministerial de 26 de enero de 1979 («BOE», de 3 de febrero) ha establecido las indicaciones que tienen que constar expresamente en las compraventas. Básicamente, son las siguientes: a) Que la vivienda objeto de la transacción está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de Viviendas de Protección Oficial del Real Decreto-Ley 31/1978 y demás disposiciones que lo desarrollan y, por consiguiente que las condiciones de utilización serán las señaladas en la calificación definitiva y los precios de venta no podrán exceder de los límites establecidos; b) Que el vendedor se obliga a entregar las llaves de la vivienda en el plazo máximo de tres meses contados desde la concesión de la calificación definitiva o desde la fecha del contrato, si fuera posterior, salvo que dicho plazo sea prorrogado por la Delegación del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; c) Que el adquirente se obliga a ocupar la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrega de llaves, salvo que medie justa causa; d) Que el vendedor se obliga a poner a disposición del adquirente un ejemplar del contrato debidamente visado por la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; e) Que el vendedor se obliga a elevar a escritura pública el contrato privado de compraventa en el plazo de tres meses, a partir de la fecha de calificación definitiva de la vivienda o de la del contrato si fuera posterior, salvo que dicho plazo sea prorrogado por la Delegación Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; f) Que los gastos concernientes a la declaración de obra nueva y división horizontal, así como los correspondientes a la constitución y división del crédito hipotecario serán, en todo caso, de cuenta del promotor de la vivienda; g) Que el comprador podrá instar la resolución del contrato si resultara un precio final de la vivienda superior en un 25 por 100 al inicialmente pactado, en cuyo caso el promotor deberá reintegrar las cantidades recibidas a cuenta, actualizadas según lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 3.148/1978 y en el Real Decreto 1.958/1980 de 20 de junio; h) Que igualmente podrá el comprador instar la resolución del contrato en el caso de denegación de la calificación definitiva de la vivienda.

El artículo 15 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 impone a los promotores de viviendas de protección oficial la obligación de elevar a escritura pública, en el plazo de tres meses, a contar de la fecha de calificación definitiva, los contratos de compraventa celebrados con anterioridad a dicha calificación. Si la compraventa tuviera lugar con posterioridad a la calificación definitiva, dicho plazo se contará desde la firma del contrato. El vendedor está obligado a entregar en la Delegación Provincial copia simple de tal escritura en el plazo de quince días. Excepcionalmente, a instancia del promotor y mediante justa causa, la Delegación Provincial podrá prorrogar el plazo de elevación a escritura pública.

2. *Planteamiento del problema.*—En la Sentencia que comentamos se aprecia que nuestro Tribunal Supremo hace responsable al promotor por existir vicios de construcción en los pisos que ha vendido a las personas que integran la Comunidad de Propietarios. Se precisa con claridad que ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses, que establece el artículo 1.490 el Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias, cuando el Presidente de la Comunidad de

Propietarios demanda al promotor-vendedor, a fin de que éste les indemnice por los daños y perjuicios que han sufrido por presentar vicios de construcción los pisos y locales adquiridos (32).

El problema que se plantea es similar al que se ha planteado en otras Sentencias del Tribunal Supremo, que salvan el obstáculo que representa el artículo 1.490 del Código civil, calificando al promotor como vendedor y contratista. De esta manera se aplica el artículo 1.591 del Código civil, cuando se produce la ruina de los pisos y locales vendidos, y las normas generales de la responsabilidad contractual, cuando éstos presentan vicios que no determinan la ruina.

Es importante señalar que nuestro Tribunal Supremo va a establecer exclusivamente la responsabilidad del promotor-vendedor. Quedan al margen de toda responsabilidad frente a los compradores los profesionales que el promotor-vendedor contrató para que se llevasen a cabo la construcción del inmueble (arquitecto, contratista...). Precisamente, en la contestación a la demanda la representación del promotor alegó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que la actora únicamente reclamaba a la empresa vendedora, pero no a los constructores del inmueble. Sin embargo, en el recurso de casación no se alude a esta circunstancia.

Nos parece digno destacar que en casos semejantes al planteado en esta Sentencia, nuestro Tribunal Supremo ha declarado la responsabilidad directa de los profesionales que contrató el promotor-vendedor frente a los adquirentes y subadquirentes de los pisos y locales. Destaca especialmente la Sentencia de 1 de

(32) Es curioso comprobar que en las sentencias donde se cuestiona la responsabilidad del promotor-vendedor frente a los compradores de pisos y locales defectuosamente construidos, el Presidente de la Comunidad de Propietarios es el que ejercita la correspondiente acción contra el promotor-vendedor en representación de aquélla. Nadie ha dudado que el Presidente está legitimado para ejercitar las acciones por vicios de la construcción en representación de la Comunidad de Propietarios. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1977 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 1.658) el recurrente alegó, entre otras cosas, la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido parte en el pleito los propietarios de las viviendas del edificio y sí sólo el Presidente de la Comunidad de Propietarios. Nuestro Tribunal Supremo afirma que el Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble está investido de plena capacidad procesal para actuar en el caso enjuiciado, como representante legal que es de la misma en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, pues no cabe olvidar que la acción versa sobre reparación y sustitución de tuberías que afecta, no sólo a cada piso en particular, sino a la totalidad del edificio y, por consiguiente, a los elementos comunes del mismo. En esta línea hay que situar también a las Sentencias muy recientes de 21 de diciembre de 1981 y 30 de abril de 1982.

El problema más interesante que se plantea consiste en decidir si están legitimados los propietarios singulares de pisos para dirigirse contra el promotor-vendedor. Lo ha admitido nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de enero de 1977, citada en la nota 27, y las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 24 de marzo de 1971 y 22 de enero de 1973 (en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo, 1973, pp. 69-71). Sobre la solución de este problema en la doctrina, consúltese HERRERA CATENA, *La legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C. c.*, en la *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1969, pp.19-20, y CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, p. 189.

abril de 1977, que comentamos en este ANUARIO (33), que establece que la Comunidad de Propietarios puede dirigirse directamente contra el contratista que contrató el promotor-vendedor. En esta Sentencia sólo se establece la responsabilidad del contratista frente a los adquirentes de los pisos y locales; el promotor-vendedor queda al margen de toda posible responsabilidad frente a éstos. Para nuestro Tribunal Supremo, los compradores de los pisos y locales son causahabientes del promotor-vendedor y por ello pueden dirigirse directamente contra el contratista que aquél contrató para que construyera el inmueble. En cambio, en la Sentencia de 21 de abril de 1981, que comentamos en este ANUARIO (33 bis), se afirma la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los arquitectos que intervinieron en la obra. Y en la reciente Sentencia de 8 de febrero de 1982 se afirma que el promotor-vendedor responde directamente frente a los compradores y los profesionales que ha contratado de forma subsidiaria.

3. *Solución del problema.*—El problema planteado ha sido examinado en Francia, Bélgica, Italia y Alemania. Veamos cómo ha sido enfocado y solucionado en estos países y en España.

a) *Derecho francés.*—Hay que tener presente que existe una normativa que soluciona específicamente este problema. La Ley de 3 de enero de 1967, que ha conferido una nueva redacción a diversos artículos del Código civil francés, se ocupa del mismo. Antes de exponer cómo lo ha solucionado la citada disposición legal, es útil mostrar la forma en que fue examinado por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a su promulgación. Un importante sector doctrinal entendió que el promotor es exclusivamente vendedor de pisos y locales. En ningún caso puede ser considerado como contratista o mandatario de los compradores, aunque se vendan inmuebles en construcción. DENOYELLE (34) afirma que el «candidato a propietario» que contrata con un promotor tiene el sentimiento de comprar un inmueble o fracción de inmueble. Lo que espera es la entrega del mismo en el tiempo fijado. Contempla este inmueble en su estado de terminación y se desinteresa de los problemas que plantea su realización. No quiere hacer construir, sino obtener un inmueble construido. Lo que el promotor espera del «candidato a propietario» es que le abone el precio convenido. Por ello, la obligación de cada una de las partes es la entrega del inmueble y el pago del precio. De acuerdo con este planteamiento tiene aplicación exclusiva la normativa del Código civil sobre la compraventa, con independencia de que se haya vendido el inmueble en construcción o terminado. Esta tesis es también aceptada por WALET (35), SIZAIRE (36) y DAVID (37). Puntualizan DAVID y DENOYELLE

(33) Véase «*La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal*», en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss. En igual sentido se pronuncia también la reciente Sentencia de 21 de diciembre de 1981.

(33 bis). En este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100.

(34) DENOYELLE, *Le promoteur de constructions immobilières*, París, 1965, páginas 116 ss.

(35) WALET, *Les sociétés de constructions*, París, 1966, p. 260.

(36) SIZAIRE, *Reflexions sur la situation juridique du promoteur de constructions immobilière*, en *Gazette du Palais*, 1961, p. 7.

(37) DAVID, *Les différents modes d'accession à la copropriété par appartements*, tesis doctoral (mecanografiada), París, 1962, p. 112.

que el adquirente se puede subrogar en la posición jurídica del promotor-vendedor y dirigirse contra el arquitecto o el contratista, que no están liberados de la responsabilidad decenal por el hecho de la venta del inmueble (38).

Otro sector doctrinal entendió que era necesario diferenciar la venta de inmuebles terminados y la venta de inmuebles cuya construcción no ha concluido (la venta de inmuebles a construir). CORNU, al igual que la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 26 de febrero de 1963 (39), que se refiere a la venta de un inmueble terminado, niegan en este caso la aplicación de los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil francés, porque suponen siempre la existencia de un contrato de obra o empresa. Sin embargo, precisa CORNU que esta solución no puede extenderse a la hipótesis vecina en la que se inserta un contrato de empresa. En este caso tienen aplicación los artículos citados (40).

Cuando la venta tiene por objeto pisos y locales en estado de futura terminación, CRIQUI y KRESS (41) afirman con claridad que, en tanto que venta, implica la garantía del vendedor. Pero, además, en razón de la obligación de hacer asumida por el vendedor, el contrato de venta en estado de futura terminación se asemeja a un contrato de obra o empresa, y el vendedor se encuentra sometido a la responsabilidad prevista por los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil, que son de orden público.

La Ley de 3 de enero de 1967 (42) ha configurado un sistema armónico, que despeja todas las dudas que existían con anterioridad. Esta Ley, de marcado carácter imperativo, ha añadido un nuevo capítulo al título de la venta del Código civil francés, donde aparece una nueva rúbrica: «De la venta de inmuebles a construir». El contrato de venta de inmueble a construir es definido legalmente como aquél por el cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en el plazo determinado en el contrato (artículo 1.601-1): Quedan al margen de la aplicación de esta Ley la denominada venta de inmueble inacabado, en la que el vendedor no asume la obligación de terminarlo, y la venta de inmueble terminado, es decir, llave en mano. La fijación del plazo de construcción es un requisito esencial para la validez del contrato de venta de inmueble a construir. Su omisión determina la nulidad por falta de un elemento esencial para su perfección. La ley permite al comprador ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato sin el consentimiento del vendedor (artículo 1.601-4). Se ha regulado especialmente la responsabilidad del vendedor por razón de los vicios de construcción, insertándose en el Código civil tres nuevos artículos, que provienen de las leyes de 7 de julio de 1967 y 4 de enero de 1978. En relación con los vicios de construcción, el vendedor no está liberado, ni antes de la recepción de los tra-

(38) DAVID, *Les différents modes d'accession à la copropriété...*, p. 112; DENOYELLE, *Le promoteur...*, p. 243.

(39) *Gazette du Palais*, 1963, I, p. 433.

(40) CORNU, *Les articles 1.792 et 2.270 du Code civil sont déclarés inapplicables au vendeur d'une maison construite de ses mains* en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1963, pp. 749-750.

(41) CRIQUI y KRESS, *Les cadres juridiques de l'accession directe à la propriété des logements en cours de construction*, en *L'accession à la propriété dans la construction moderne*, 63 Congrès des Notaires de France, Clermont-Ferrand, 1965, p. 98.

(42) Esta ley es reproducida íntegramente por MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion immobilière*, París, 1976, pp. 507 ss.

bajos, ni antes de la expiración del plazo de un mes después de la toma de posesión por el adquirente, incluso si los vicios son aparentes (artículo 1.642-1). La acción debe ser interpuesta, bajo pena de caducidad, en el año que sigue a la fecha en que el vendedor puede ser liberado de los vicios aparentes (artículo 1.648). Según el artículo 1.646-1, cuyo texto procede de la Ley de 4 de enero de 1978, son aplicables al vendedor del inmueble a construir los artículos 1.792, 1.792-1, 1.792-2 y 1.792-3, que establecen la responsabilidad del contratista, del arquitecto y de los técnicos de construcción, por presentar vicios el inmueble construido.

La venta de inmueble a construir puede ser concluida a término o en estado de futura terminación (artículo 1.601-1). A ambos tipos de ventas se aplican las reglas expuestas. En la venta a término, la propiedad del inmueble vendido permanece en manos del vendedor hasta que se comprueba por acto auténtico la conclusión del inmueble. En este momento, la propiedad se transmite inmediatamente al comprador con efectos retroactivos, lo que comporta la nulidad de cualquier acto dispositivo que en el tiempo intermedio hubiese efectuado el vendedor. El comprador no está obligado a pagar el precio convenido hasta el momento en que tiene lugar la entrega del inmueble (artículo 1.601-2).

La venta en estado de futura terminación se caracteriza porque el comprador adquiere con la perfección del contrato la propiedad sobre la parte proporcional del suelo correspondiente a su piso o local, así como lo que está ya construido. Las obras posteriores, a medida que se van realizando, devienen propiedad directa del comprador. Como se ve, el contrato surte automáticamente efectos reales, a pesar de lo cual el vendedor conserva las facultades de director de la obra hasta la recepción de los trabajos. Por lo que se refiere al pago del precio, el comprador está obligado a satisfacerlo a medida que la obra se ejecuta (artículo 1.601-3) (43).

Cuando la venta tiene por objeto un inmueble terminado, la Ley de 4 de enero de 1978 considera constructor, a efectos de la aplicación del artículo 1.792, que configura la responsabilidad por vicios de la construcción, a toda persona que vende, *después de la terminación*, una obra que ha construido o hecho construir (artículo 1.792-1). El artículo 1.792-5 establece que toda cláusula de un contrato que tenga por objeto, sea excluir o limitar la responsabilidad prevista en los artículos 1.792, 1.792-1 y 1.792-2, sea excluir la garantía prevista en el artículo 1.792-3 o de limitar su alcance, sea descartar o limitar la solidaridad prevista en el artículo 1.792-4, es considerada no escrita.

MALINVAUD y JESTAZ (44), especialistas destacados en la materia, puntualizan que la Ley de 4 de enero de 1978, al reformar el artículo 1.792, ha querido que los que adquieren después de la terminación de la construcción tengan una garantía idéntica a la que antes de la terminación aparece en el artículo 1.646-1. Los pisos vendidos después de la terminación no están sometidos actualmente al derecho común de garantía en la venta.

La Ley de 4 de enero de 1978 ha configurado un seguro de responsabilidad de carácter obligatorio, que debe ser suscrito por todas las personas enumeradas

(43) Sobre la interpretación de esta normativa, véase MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion immobilière*, París, 1980, 2.^a ed.

(44) MALINVAUD y JESTAZ, *Le droit de la promotion...*, p. 353.

en el artículo 1.792-1. Entre estas personas se encuentra el promotor-vendedor, como hemos apuntado.

b) *Derecho belga*.—Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 9 de julio de 1971, denominada Ley *Breyne* (45), se planteó el problema de precisar el régimen aplicable a la venta de inmuebles construidos y a la venta de inmuebles por construir o en vías de construcción. En el primer caso se estimó comunemente que se aplicaba exclusivamente el derecho común de la compraventa. No existe un contrato de obra o empresa que pueda justificar la responsabilidad decenal del promotor-vendedor por presentar vicios el inmueble vendido. En este sentido se pronunció la Corte de Casación belga en la Sentencia de 9 de septiembre de 1965 (46), que no consideró aplicable el artículo 1.792, que establece la responsabilidad decenal del contratista, en el caso referido. Al comentar esta sentencia, GLANSDORF y BURGARD afirman la necesidad de la existencia de un contrato de obra o empresa para que pueda aplicarse el artículo 1.792 del Código civil. Sin embargo, señalan que es deseable la intervención del legislador, que ha de evitar el riesgo de que la autocontratación, por la vía de una venta posterior, acompañada de una cláusula de no garantía, signifique una escapatoria a una responsabilidad que todos están de acuerdo en considerar de orden público.

Mayores dudas suscitó la venta de inmuebles a construir o en vías de construcción. La mayor parte de la doctrina y sobre todo los Tribunales (47), entendieron que la obligación de construir que pesa sobre el promotor-vendedor tiene que regirse por las reglas del contrato de obra o empresa. Estaríamos en presencia de un contrato de naturaleza mixta con obligaciones típicas de la compraventa y del contrato de obra o empresa. En relación con los vicios ocultos del inmueble vendido en construcción rigen los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil. Además, puntualiza HANNEQUART (48), que más allá de las divergencias existentes en la doctrina, la práctica ha usado frecuentemente la combinación del contrato de venta y del contrato de obra o empresa.

En contra de esta tesis, ABEY y otros autores (49) han estimado que la obligación de construir que pesa sobre el promotor-vendedor está regida por las reglas del contrato de compraventa y no por las del contrato de obra o empresa. Sólo existe un contrato mixto, con elementos de la compraventa y del contrato de obra, cuando ésta haya sido la voluntad formal de las partes.

La publicación de la Ley de 9 de julio de 1971 ha disipado cualquier tipo de duda sobre la materia. La venta de inmuebles terminados se rige por las normas generales de la compraventa, mientras que la venta de inmuebles por construir o en construcción se rige por la normativa específica de la citada ley. El artículo 1 dispone que esta ley se aplica a toda convención que tenga por objeto la transferencia de la propiedad de una casa o de un apartamento por construir o

(45) El articulado de esta ley es reproducido por HANNEQUART, *Le droit de la construction*, Bruxelles, 1974, pp. 177 ss.

(46) Cfr. *Journal de Tribunaux*, 1966, pp. 577 ss.

(47) Amplia referencia en FLAMME, *Le droit belge de la promotion immobilière*, rapport présenté aux journées d'études á Bruxelles des 16 et 17 novembre 1973 consacrées au droit comparé de la construction, p. 15; HANNEQUART, *Le droit de la construction...*, p. 24, nota 68.

(48) HANNEQUART, *Le droit de la construction...*, p. 24.

(49) ABEY, *La propriété des appartements*, 2.ª ed., Bruxelles, 1967, pp. 98-99.

en vía de construcción, así como a toda convención que se refiera a la obligación de construir, hacer construir o procurar un inmueble, cuando la casa o el apartamento está destinado a la habitación o a la actividad profesional y de habitación y que, en virtud de la convención, el comprador o dueño de la obra está obligado a efectuar pagos antes de la terminación de la construcción.

El artículo 6 considera aplicables los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil, que establecen la responsabilidad decenal del contratista, al vendedor que enajena casas o apartamentos que cumplan las condiciones del artículo 1.

La garantía debida por el vendedor beneficia a los propietarios sucesivos de la casa o del apartamento vendido. La acción sólo puede ser ejercitada contra el vendedor originario. Si en el inmueble colectivo uno de los apartamentos ha sido vendido antes de su terminación, la responsabilidad del vendedor, en cuanto a las partes comunes de los apartamentos vendidos después de su terminación, es igualmente regida por el artículo 6 (50).

c) *Derecho italiano*.—La doctrina italiana ha diferenciado la venta de pisos y locales terminados y la venta de pisos y locales en construcción. En este caso, SALIS (51), RUBINO (52), GIANNATTASIO (53) y, en general, la doctrina italiana, entienden que el promotor-vendedor ha asumido una obligación contractual de construir el inmueble, que confiere al contrato una naturaleza mixta. Existen elementos del contrato de compraventa y del contrato de obra por empresa (*appalto*). RUBINO (54) precisa que se trata de una venta de cosa futura. La cosa debe ser producida por el propio vendedor, que asume la obligación de producirla (en el caso, la construcción del edificio). Si bien en la venta de cosa futura ésta es sólo una obligación preliminar, en el sentido ya declarado, la prestación que es objeto, aisladamente considerada, no difiere sensiblemente de la típica del empresario (*appaltatore*). Es claro que las normas dictadas para un tipo contractual, relativamente a una prestación característica del mismo, pueden aplicarse también a un contrato que pertenece a un diverso tipo, cuando en este último, en el caso concreto, aparezca insertada la prestación característica del primer tipo. La objeción de que en la compraventa la garantía por vicios tiene una propia disciplina, puede superarse si se entiende referida a la hipótesis normal, es decir, cuando el vendedor no había asumido también una obligación de hacer (en sentido estricto), la construcción de la cosa. Se puede, por lo tanto, aplicar el artículo 1.669 del Código civil, que establece la responsabilidad decenal del empresario (*appaltatore*), ya que el vendedor ha asumido contractualmente la obligación de construir el edificio.

(50) Sobre esta normativa, ver HANNEQUART, *Le droit de la construction...* pp. 149 ss.; DE SURAY, *Vente et entreprise des immeubles. Commentaire de la loi du 9 juillet 1971*, Bruxelles, 1972; RIGAUX, *La loi de 9 juillet 1971, réglant la construction d'habitations à construire ou en voie de construction*, en *Entreprise et Droit*, 1972, pp. 115 ss.

(51) SALIS, *Acquisto di appartamenti in edificio da costruire*, en *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, p. 53.

(52) RUBINO, *La compravendita*, 2.ª ed., Milano 1962, en el *Trattato di Diritto Civile* de Cicu-Messineo, XXIII, pp. 211 ss.; también en *L'appalto*, vol. 7, tomo 3.º, del *Trattato di Diritto Civile Italiano* de Vassalli, Torino, 1951, páginas 340-341.

(53) GIANNATTASIO, *L'appalto*, vol. XXIV, 2.º del *Trattato di Diritto Civile* de Cicu-Messineo, Milano, 1967, p. 225.

(54) RUBINO, *La compravendita...*, p. 211.

Para FURGUIELE (55), la discusión no puede plantearse a nivel rigurosamente técnico, sino en la intención de lograr una equitativa composición de los intereses de las partes. La jurisprudencia y la doctrina, virtualmente conformes en la aplicación del artículo 1.669, han admitido razones más o menos convincentes (naturaleza extracontractual de la responsabilidad ex artículo 1.669; identidad de la prestación sancionada en el artículo 1.669 con la prestación de la compraventa de cosa futura). Pero, en realidad, la aplicación del artículo 1.669 se hace necesaria por lo anticuado de las acciones edilicias derivadas del contrato de compraventa, pensadas para una economía campesina ya superada.

La solución debe ser otra cosa cuando la venta se concluye después de haberse terminado la construcción del inmueble. Cuando el vendedor ha construido el inmueble con la intención de venderlo, apunta RUBINO (56) que la situación presenta una cierta analogía con la venta de cosa futura, ya que prácticamente, pero no jurídicamente, la construcción ha sido hecha por cuenta de otro, aunque la persona del destinatario fuese en ese momento indeterminada. Sin embargo, existe un obstáculo insuperable desde el lado formal, porque el vendedor no ha asumido la obligación contractual de construir, a la que se vincula la aplicación del artículo 1.669. Según RUBINO, cuando el vendedor ha mandado construir el inmueble a un empresario, el comprador puede invocar el artículo 1.669, pero sólo contra el empresario, actuando en calidad de causahabiente del vendedor; contra este último únicamente tiene la garantía de la venta.

ICHINO (57) se ha dado cuenta del problema que se produce por la brevedad del plazo para el ejercicio de las acciones edilicias. El artículo 1.495 del Código civil italiano establece el plazo de un año a contar desde la entrega. La exigencia de una adecuada protección de los compradores del inmueble puede ser lograda, además de con la garantía propia de la compraventa, en virtud de la acción por error en la cualidad del objeto.

FURGUIELE (57 bis) señala que, en función de una valoración fundamentalmente objetiva, puede considerarse oportuna la aplicación de la normativa específicamente prevista para el contrato de obra por empresa (*appalto*), no sólo a la hipótesis de venta de cosa futura, sino también a la del constructor que enajena un inmueble ya construido. Las características del perjuicio que sufre el adquirente y de la responsabilidad del enajenante no son divergentes a las de la venta de inmueble en construcción.

La posición de la jurisprudencia italiana no es totalmente coincidente con la de la doctrina dominante. La conveniencia de proteger adecuadamente a los compradores de pisos y locales ha determinado que los Tribunales apliquen en todo caso el artículo 1.669 del Código civil. Se destaca la brevedad del plazo de la acción por vicios en la cosa vendida, que prescribe cuando ha transcurrido un año desde la entrega, mientras que el artículo 1.669 establece una responsabilidad que dura diez años desde la terminación de la obra inmobiliaria. Al conceptuarse

(55) FURGUIELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, pp. 455-459.

(56) RUBINO, *La compravendita...*, p. 212.

(57) ICHINO, en *Foro Padano*, 1948, I, 397. Citado por RUBINO, *La compravendita...*, p. 211.

(57 bis) FURGUIELE, *Vendita de cosa futura...*, p. 459.

la responsabilidad ex artículo 1.669 del Código civil como extracontractual y de orden público, puede ser invocada por cualquier tercero que sufra un daño derivado de la ruina del inmueble. Con este título y no como comprador, el adquirente puede dirigirse directamente contra el vendedor, no en cuanto tal, sino como puro y simple constructor. De esta manera se considera pasivamente legitimado ex artículo 1.669 frente al comprador al vendedor que haya construido con propia gestión directa, quedando sólo excluidas aquellas hipótesis en que el vendedor no sea un constructor profesional o no haya construido el inmueble con propia gestión directa, sino que lo haya hecho construir por un empresario. En este sentido se pronuncian las Sentencias de la Corte de Casación italiana de 14 de junio de 1958, 14 de mayo de 1958, 12 de abril de 1957 y 15 de junio de 1955 (58). No obstante, la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 19 de febrero de 1965 (59) extiende la legitimación pasiva a cualquier constructor, aun cuando no sea un profesional.

La argumentación de la Corte de Casación no es compartida por la mayor parte de la doctrina, que afirma la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del empresario (*appaltatore*), disciplinada por el artículo 1.669 (60). Además, GIANNATTASIO (61) destaca la perplejidad que provoca la doctrina de la Corte de Casación por el carácter excepcional que se reconoce al artículo 1.669, que no autoriza una interpretación tan amplia.

d) *Derecho alemán*.—En relación con el problema planteado existe una consolidada doctrina del *Bundesgerichtshof*: las pretensiones de los adquirentes por presentar vicios el inmueble se rigen por la normativa del BGB sobre el contrato de obra (*Werkvertrag*) cuando el promotor asume la obligación de construirlo, es decir, cuando la venta tiene por objeto un inmueble en construcción. Esta doctrina se basa en que el promotor asume en el momento de la celebración del contrato de venta una obligación de construir, que justifica la aplicación de la normativa del BGB sobre el contrato de obra. Por esto, en vez de aplicarse el parágrafo 477 del BGB se tiene en cuenta el parágrafo 638 del BGB, que fija un plazo de cinco años para el ejercicio de la acción por vicios en la cosa construida. Esta doctrina es afirmada por las Sentencias de 16 de abril de 1973 (62), 4 de diciembre de 1975 (63) y 6 de noviembre de 1975 (64), y otras citadas por la doctrina (65). De acuerdo con este planteamiento se infiere, como apunta BRAMBRING (66), que si en el momento de la conclusión del contrato el

(58) En *Massimario de Il Foro Italiano*: 1958, 2026; 1958, 1575; 1957, 1253; 1955, 1825.

(59) Reproducida por MOROZZO DELLA ROCA, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972, pp. 335-336.

(60) Cfr. RUBINO, *La compravendita...*, p. 211; GIANNATTASIO, *L'appalto*, p. 224.

(61) GIANNATTASIO, *L'appalto...*, p. 224.

(62) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 1235-1236.

(63) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 515-516.

(64) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 143-144.

(65) Cfr. LOCHER, *Das private Baurecht*, München, 1978, p. 250; BRAMBRING, *AGB-Gesetz und Gewährleistung in Bauverträgen*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 779; WERNER-PASTOR, *Des Bauprozess*, Düsseldorf, 1978, p. 645.

(66) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, 779.

inmueble está terminado o a falta de tareas sin importancia, las pretensiones por vicios del inmueble sólo pueden ser determinadas por la normativa del contrato de compraventa. No obstante, la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977 (67) configura siempre la responsabilidad del promotor por vicios en el inmueble de acuerdo con la normativa del BGB sobre el contrato de obra, con independencia de que en el momento de la celebración de los contratos concluidos con los adquirentes el inmueble estuviese terminado o en construcción. El *Bundesgerichtshof* justifica esta solución en que la situación de los intereses es igual si el inmueble estaba terminado en el momento de la celebración del contrato de compraventa o sólo en parte. En un nuevo inmueble construido, muchos vicios, y sobre todo sus causas, se aprecian a menudo solamente con el transcurso de los años. Precisamente por esto el legislador ha limitado a cinco años el plazo de prescripción en caso de construcción de un edificio (parágrafo 638 del BGB), en lugar de un año como en la compraventa (parágrafo 477 del BGB).

Comentando la sentencia citada, BRAMBRING (68) apunta que, en definitiva, la *ratio decidendi* se encuentra en que el plazo para el ejercicio de la acción por vicios en la cosa vendida, que establece el parágrafo 477 del BGB, es muy corto en el supuesto de inmuebles recién construidos. La protección del interés de los adquirentes exige situar las pretensiones por vicios en la normativa del BGB sobre el contrato de obra, cuyo artículo 638 establece un plazo de cinco años para el ejercicio de las acciones correspondientes.

A nivel doctrinal, WERNER-PASTOR (69) exponen la opinión de LOCHER, que tiene en cuenta el estado de la construcción para determinar la naturaleza jurídica del contrato. Si en el momento de la celebración del contrato el inmueble está terminado, el componente de contrato de obra debe ceder en favor de la compraventa.

BRAMBRING (70) adopta una solución semejante. Pone de relieve el carácter sorprendente de la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977. Si en el momento de la celebración del contrato el inmueble está terminado, falta la obligación de construir, que es típica del contrato de obra. Por ello no puede ser calificado de esta manera el contrato. Sólo puede existir una compraventa. En cambio, cuando en el momento de la conclusión del contrato el inmueble no está terminado, puede afirmarse la existencia de un contrato mixto (*gemischter Vertrag*) con caracteres del contrato de compraventa y del contrato de obra con suministro de materiales. En este caso, el promotor debe la construcción del inmueble, lo que justifica la aplicación del parágrafo 638 del BGB cuando presente vicios de construcción. BRAMBRING señala que esta tesis es defendida por la mayor parte de la doctrina alemana: KOEBLE, GLANZMANN, SCHMIDT, RIEDLER y PALAND-THOMAS (71).

En contra de esta tesis mayoritaria, BRYCH apunta que los referidos tipos de contratos deben enjuiciarse siempre según la normativa del contrato de com-

(67) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 1336-1338.

(68) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, p. 779.

(69) WERNER-PASTOR, *Des Bauprozess...*, 645.

(70) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, pp. 779-780.

(71) Ver PALAND-THOMAS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, pp. 2252 ss.

praventa. BRAMBRING (72) comenta esta opinión, considerándola insostenible en base a las razones apuntadas. Además, WERNER-PASTOR (73) destacan que la opinión de BRYCH no cuenta con partidarios en la doctrina.

Con anterioridad a la Ley de Condiciones Generales (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 9 de diciembre de 1976 (74), que entró en vigor el 1 de abril de 1977, el *Bundesgerichtshof*, en la Sentencia de 29 de marzo de 1974 (75), afirmó que los promotores pueden exonerarse de la obligación de garantía, típica de la compraventa celebrada con el adquirente del piso o local, si han cedido a los compradores las acciones que pueden ejercitar contra los arquitectos y contratistas. Sin embargo, los promotores siguen respondiendo subsidiariamente en la medida en que los compradores no obtienen la reparación del daño sufrido en virtud del ejercicio de las acciones cedidas.

La Ley sobre Condiciones Generales ha considerado ineficaces determinadas cláusulas de exclusión de la obligación de garantía o de la responsabilidad por razón de las cualidades aseguradas (artículos 11, núm. 10 y 11, núm. 11). Ambos preceptos son aplicables en el supuesto que estamos analizando (76).

e) *Derecho español*.—En la sentencia que comentamos, nuestro Tribunal Supremo imputa al promotor-vendedor la responsabilidad que el artículo 1.591 del Código civil atribuye al contratista y al arquitecto. Establece, pues, una responsabilidad derivada del defectuoso cumplimiento de una obligación (la construcción del inmueble) que procede del contrato de obra. Para justificar esta solución, nuestro Tribunal Supremo se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que aplica el artículo 1.591 del Código civil cuando los pisos y locales vendidos por el promotor presentan vicios o defectos de construcción. Nos parece, por consiguiente, necesario exponer esta doctrina jurisprudencial.

El origen de la posición de nuestro Tribunal Supremo se encuentra en la importante Sentencia de 11 de octubre de 1974 (77). Los hechos de la misma son los siguientes: el Presidente de una Comunidad de Propietarios interpone demanda contra determinadas personas que han construido y vendido un inmueble por pisos, una vez concluida su construcción. Se solicita indemnización de daños y perjuicios en razón de vicios de construcción, consistentes en el estado de ruina de la fachada, que hubo de ser recompuesta. Los demandados se oponen a la demanda, alegando que fueron unos meros propietarios del inmueble y que, en su caso, la única acción que puede ejercitarse contra ellos es la de saneamiento que regula el Código civil en los artículos 1.484 y siguiente, la cual ha caducado. La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial revoca en parte de esta Sentencia, condenando a los promotores-vendedores, quienes interponen recurso de casación, que no prospera.

(72) BRAMBRING, *AGB-Gesetz...*, p. 779.

(73) WERNER-PASTOR, *Des Bauprozeß...*, p. 257.

(74) PALANDT-HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, pp. 2226 ss., recogen y comentan el articulado de esta disposición legal.

(75) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1135-1137.

(76) Sobre las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad del promotor, consúltese el estudio citado de BRAMBRING y la monografía de LOCHER, *Das private Baurecht...*, pp. 252 ss.

(77) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1974, núm. 3798.

En el considerando primero se plantea con claridad el problema: «El tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del Código civil o por el contrario queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad que establece el indicado precepto, puesto que ejercitada por los actores su acción al amparo del mismo... los demandantes hoy recurrentes... pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble, que enajenaron una vez construido, y que en su caso la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento que se autoriza y regula a través del artículo 1.484 y siguiente del Código civil, que se halla prescrita».

Pero esta tesis de los demandados recurrentes es rechazada en el segundo considerando «porque, en el caso de autos, los recurrentes promovieron la construcción de un edificio sobre un solar de su propiedad con la finalidad de enajenarlo por pisos en régimen de propiedad horizontal, lo que llevaron a cabo después de terminar las obras, procediendo posteriormente a la enajenación de aquéllos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1.591 del Código civil para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como queda dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta a terceros frente a los que es responsable, con arreglo al expresado precepto del Código civil; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley».

Unos días después, el 17 de octubre de 1974 (78), el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la Sentencia expuesta. El supuesto de hecho de la Sentencia de 17 de octubre de 1974 es similar al anterior, aunque se venden pisos en construcción. Los pisos se enajenan cuando solamente están forjados los pisos de la planta baja, primera y parte de la segunda. En Primera Instancia se condena a los que intervinieron en la construcción. La Audiencia Territorial condena sólo al promotor-vendedor, absolviendo al resto de los demandados. El recurso de

(78) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1974, núm. 3896.

casación es únicamente estimado por razón de incongruencia en relación con la cifra tope de la indemnización.

En el considerando tercero de la sentencia se afirma: «Aunque el artículo 1.591 fue promulgado en época en que la relación jurídica normal que ofrecía la construcción de edificios era la derivada del contrato de empresa que concertaba el dueño del terreno con un empresario constructor —vulgarmente denominado contratista—... ello, sin embargo, no es óbice para que tal precepto se aplique a situaciones o relaciones jurídicas que con aquélla guarden analogía y no se hallen reguladas de modo específico por la norma, debido a no haber aparecido con posterioridad a su promulgación». Y «esto ocurre —señala el cuarto considerando— con la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista y concierta contratos separados con los diferentes gremios que han de intervenir en la construcción, para vender seguidamente de concluida la obra —e, incluso, a la vista del plano— los locales y viviendas que la integran; no podrá alegar que como no ha celebrado un contrato de obra con un único empresario, ya no puede hablarse de contratista responsable, pues ello equivaldría a permitir un fraude de ley, porque, en supuestos tales, aquel primitivo propietario del terreno, que construye indirectamente por medio de los múltiples gremios que él coordina, asume, en realidad, la cualidad de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto, frente a quienes por compra posterior adquieren de él toda o parte de la obra construida, y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que, con semejante tesis y la argumentación de que el comprador no tenía contra él más acción que la de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.490 del Código civil, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el referido artículo 1.591 para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal de que la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieren transcurrido diez años desde la conclusión de la obra». Por último, y aludiendo a la doctrina de la Sentencia de 5 de mayo de 1961 en orden a la transmisión de la acción de responsabilidad decenal a los subadquirentes, añade el considerando quinto que, «háyase realizado la obra por medio de un contratista único que haya pactado con el propietario del terreno o háyase ejecutado por éste mediante contratos separados con los distintos gremios que intervienen en la construcción, los adquirentes de los pisos y locales del edificio tienen a su favor las acciones de resarcimiento que específicamente señala el artículo 1.591 del Código civil, bien contra el contratista único —si ha existido—, o bien contra el propio dueño del edificio que realizó su construcción coordinando los diferentes gremios que en ella intervinieron».

La doctrina de estas Sentencias es reproducida en la de 28 de octubre de 1974 (79), que se refiere a la venta de un inmueble (80) por pisos que adolecen de vicios de construcción (graves defectos en la azotea que produjeron filtraciones de aguas y molestias a los propietarios de la Comunidad). La demanda se interpone cuando han transcurrido cerca de siete años desde la realización de la

(79) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 411.

(80) No se especifica en la Sentencia el momento en que tuvo lugar la venta.

obra. En Primera Instancia se absuelve al promotor-vendedor, pero la Audiencia Territorial revoca este fallo, condenándole a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación.

A nuestro juicio, es indudable que el recurso de casación es rechazado por defecto formal en su interposición. El recurrente no ha expresado el concepto, esto es, si lo ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, vicio formal que lo hace incurso, según el Tribunal Supremo, en la causa de inadmisión prevista en el número cuarto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que en esta fase decisoria determina su desestimación, mas aunque así no fuese..., esta Sala, en Sentencias de 11 y 17 de octubre del año en curso, ha establecido que el comprador tiene acción contra el vendedor-constructor para exigirle el cumplimiento de la obligación que deriva o tiene su origen en un precepto legal, el artículo 1.591 del Código civil (Considerando segundo).

Unos años más tarde encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (81), que se refiere a un caso de venta de pisos terminados, que presentan vicios de construcción. Estos vicios motivaron el desprendimiento de los azulejos de las terrazas de los pisos, afectando a su aspecto exterior y poniendo en grave peligro la integridad física de las personas que circulasen bajo las terrazas. Los citados vicios se hicieron patentes cuando había transcurrido ampliamente el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490 del Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias. La Comunidad de Propietarios adopta en Junta extraordinaria el acuerdo de demandar al promotor-vendedor. El Juez de Primera Instancia lo condena a indemnizar de daños y perjuicios al demandante. Apelado este fallo por ambas partes, la Audiencia Territorial aumenta la cuantía de la indemnización. El promotor-vendedor interpone recurso de casación, que es desestimado.

En esta Sentencia, a diferencia de las anteriores, no se considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil, puesto que los vicios no ocasionaron la ruina del inmueble. Por esto se afirma en el considerando 4.º y 5.º lo siguiente: «Que en el campo del contrato de obra y con referencia al caso de ejecución defectuosa por no ajustada a la pericia profesional exigible, es claro que tal hipótesis, no prevista en la parca regulación del Código civil para evento distinto del aludido en el artículo mil quinientos noventa y uno, determinará la consiguiente responsabilidad del contratista con relación al comitente o su sucesor a título universal o particular, obligada como efecto de ese cumplimiento irregular o inexacto, derecho al resarcimiento que se actuará bien mediante la reparación *in natura* si así es postulada, realizando las obras de corrección necesaria, incluso a costa del contratista (artículos mil noventa y uno y mil noventa y ocho del Código civil), bien a través del cumplimiento por equivalencia (artículo mil ciento uno), siempre, claro está, que los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro, soluciones las aludidas que vienen autorizadas por los principios generales de la responsabilidad contractual de correcta aplicación al tema, dada la carencia de

(81) Hemos comentado esta Sentencia en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss. «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979».

preceptos concretos..., con lo que, por el mismo cauce de los anteriores, plantea la infracción por violación de los artículos mil cuatrocientos ochenta y cuatro y mil cuatrocientos noventa del Código civil, a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, y si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parece ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las grandes dificultades que ofrece la solución, principalmente por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado».

Al comentar esta Sentencia hemos precisado que, a diferencia de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974, no se declara expresamente que el promotor es vendedor y contratista. Sin embargo, de la doctrina de los considerandos transcritos se infiere con claridad esta postura (82).

En la Sentencia de 28 de enero de 1980 (83) se plantea un caso similar: en el inmueble vendido (84) por pisos aparecen determinados defectos de construcción. Al margen de las acciones edilicias, el Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda al promotor-vendedor, con el propósito de que éste repare los defectos y les indemnice por los daños y perjuicios sufridos. En Primera Instancia es desestimada la demanda. La Audiencia Territorial revoca el fallo de la sentencia apelada, condenando al promotor-vendedor a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso e casación interpuesto.

Nuestro Tribunal Supremo afirma en el considerando 1.º: «Está suficientemente claro que la acción que se ejercita en el pleito origen de este recurso es la «ex contractu» derivada, no del total incumplimiento de la obligación pactada en el contrato de compraventa de inmuebles, sino la de incumplimiento parcial o cumplimiento incorrecto o defectuoso, con la finalidad de obtener el «id quod interest», es decir, el resarcimiento para los compradores de la cosa vendida —los varios pisos—, con lo que se quiere decir que la Comunidad actora y recurrida no solicita el cumplimiento, un «facere», sino su equivalente en dinero por los perjuicios derivados de la lesión de su derecho, proveniente de la incorrecta conducta contractual de la vendedora recurrente, acción que evidentemente puede elegir y ejercitar el comprador para la satisfacción de su derecho, independiente o distintamente de las que nuestro Código civil le ofrece, tal las previstas en el artículo 1.484 o, más específicamente, y diferenciada en cuanto a los sujetos pasivos y supuesto de hecho, en el artículo 1.591, opción de la que ya habló y autorizó la Sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 1970 en cuanto a las acciones ejercitables, con la admisión de la misma que la que aquí se actúa, seguramente con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso obtener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustadas a la

(82) Ver nota 81, pp. 215-216.

(83) Anotada en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 998-999. También en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 170.

(84) No se especifica en la Sentencia el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble.

«lex artis» ni a las exigencias legales de higiene y seguridad —tal el caso actual— por desgracia frecuentes en época de masivas edificaciones».

Llegamos de esta manera a la Sentencia que comentamos, de 9 de marzo de 1981, que se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto. Concretamente, se afirma en el considerando 2.º que se trata de reclamaciones, muy de nuestro tiempo, hechas por los compradores de pisos o locales a promotores o vendedores por supuestos defectos constructivos, independientes de todo vicio del suelo o de la construcción, con adecuado encaje en el artículo 1.591 del Código civil, conforme a la interpretación jurisprudencial de que son muestra las Sentencias que la resolución impugnada cita y las de 11, 17 y 24 de octubre de 1974 y 1 de abril de 1977, entre otras muchas. De igual manera que en las referidas sentencias, ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses, que establece el artículo 1.490 del Código civil, cuando se demanda al promotor-vendedor. Además, no se determina en la sentencia el momento en que tuvo lugar la venta de los pisos del inmueble. El Tribunal Supremo acoge la doctrina de las Sentencias citadas, que, como vimos, se aplican tanto a la venta de pisos y locales terminados como a la de pisos y locales en proyecto o construcción.

Con posterioridad a la Sentencia que comentamos, el 21 de abril de 1981 ha sido publicada otra sentencia que sigue la línea jurisprudencial expuesta. El supuesto de hecho de la Sentencia es el siguiente: un promotor vende numerosos pisos, sin que se precise en la sentencia el momento en que tuvieron lugar las ventas. El Presidente de la Comunidad de Propietarios solicita en la demanda la responsabilidad solidaria del promotor-vendedor, de los arquitectos y del aparejador, por observarse graves defectos en la cimentación del inmueble adquirido. El Juez de Primera Instancia afirma la aplicación del artículo 1.591 del Código civil y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que afirma que las responsabilidades establecidas en este artículo son solidarias, sólo condena solidariamente al promotor-vendedor y a los arquitectos a indemnizar de daños y perjuicios a la Comunidad de Propietarios. Este fallo es confirmado por la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo.

Se aprecia con claridad que, en esta Sentencia, el Tribunal Supremo considera responsable al promotor-vendedor de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.591 del Código civil. Como hemos apuntado en la anotación a esta Sentencia, la «ratio» de la doctrina de la misma debe encontrarse en la asimilación del promotor-vendedor al contratista (84 bis), porque, si no fuese así, no tendría sentido aplicar el artículo 1.591 del Código civil, que contempla al arquitecto y al contratista.

En un supuesto de venta de pisos terminados, que presentan vicios de construcción, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de enero de 1982, tiene en cuenta la doctrina de las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974 y considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil.

La Sentencia de 8 de febrero de 1982 es la última que ha sido dictada por nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor por presentar vicios de construcción los pisos y locales vendidos. El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: un promotor vendió a las personas que in-

(84 bis). En este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100.

tegran la Comunidad de Propietarios los pisos del edificio construido. Desde el momento de la entrega de los pisos, la pintura que cubre las fachadas del edificio empezó a escamarse y desprenderse, apreciándose una capa de enfoscado de un material blanco de escasa dureza. Por este motivo, el Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda al promotor-vendedor, al contratista, al arquitecto y al aparejador. El Juez de Primera Instancia condena al promotor-vendedor, como responsable directo de los defectos de construcción, a realizar las obras precisas para dejar en perfecto estado las fachadas del edificio, y para el paso de imposibilidad de cumplimiento por parte del referido demandado, condena a los mismos extremos y en forma solidaria a los otros tres demandados. La Audiencia Territorial confirma la sentencia apelada, excepto en cuanto al pronunciamiento por el que se condena al arquitecto (85). No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor-vendedor.

Nuestro Tribunal Supremo afirma la compatibilidad de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código civil y de las acciones generales de incumplimiento, de tal manera que los adquirentes de los pisos y locales pueden dirigirse contra el promotor-vendedor por cualquiera de estas vías. En el considerando 3.º de la sentencia se dice concretamente: «Aun cuando la parte actora (la Comunidad de Propietarios), según doctrina sentada por esta Sala, está legitimada para ejercitar directamente la acción para exigir las responsabilidades derivadas del artículo 1.591, ello no le priva en forma alguna de ejercitar las otras derivadas de su contrato de compraventa, sin que haya necesariamente que estimarse que la primera es preferente a esta última. De acuerdo con el considerando 2.º no se considera de aplicación indebida los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil, puesto que reconocida la existencia de los contratos de compraventa, tales preceptos son aplicables a los hechos denunciados. Además, se precisa en el considerando 4.º, el recurrente (el promotor-vendedor) tiene la facultad de exigir en el procedimiento correspondiente las responsabilidades derivadas de los contratos celebrados con los condenados subsidiariamente (contratista y aparejador). Es evidente que no se dan las condiciones necesarias para la existencia de un enriquecimiento».

Como conclusión, la doctrina jurisprudencial expuesta, que es fielmente seguida por la Sentencia que comentamos, se apoya en dos razones para atribuir al promotor-vendedor la responsabilidad que nuestro Código civil imputa al contratista que ejecuta defectuosamente su prestación. En primer lugar, el promotor-vendedor realiza una actividad semejante a la del contratista. En segundo lugar, la solución propuesta es necesaria para la adecuada protección de los compradores, con independencia de que adquieran pisos o locales en proyecto, en construcción o terminados. En numerosos casos los vicios se patentizan cuando ha transcurrido el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490 del Código civil para el ejercicio de las acciones edilicias.

Debido a la importancia del problema planteado, no es extraño que numerosos autores hayan tratado de resolverlo, aplicando el artículo 1.591 del Código civil

(85) No deja de ser llamativo que se condene al aparejador y se exonere de responsabilidad al arquitecto, actuando el aparejador bajo el control del arquitecto.

con independencia del momento en que tuvo lugar la venta de los pisos o locales. Así, MULLERAT BALMAÑA (86) se limita a decir que el comprador, además de las acciones derivadas de la obligación de saneamiento de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y de las derivadas de los principios generales que regulan los efectos del incumplimiento de las obligaciones, dispone de la acción derivada de la responsabilidad del constructor por defectos en el modo de construir o en la calidad de los materiales empleados (artículo 1.591). En idénticos términos se pronuncian DEL ARCO y PONS (87). HERRERA CATENA (87 bis) entiende que el vendedor-constructor se encuentra legitimado del mismo modo que el arrendatario de obra, tanto en el supuesto de «construcción sobre plano» para un adquirente determinado como en el de construcción para un destinatario inicialmente indeterminado. Este autor puntualiza que desarrollará ampliamente esta opinión en un futuro trabajo.

Numerosos autores, en cambio, defienden puntos de vista que no son totalmente coincidentes con el de nuestro Tribunal Supremo. ROVIRA JAÉN (88) plantea la posibilidad de aplicar el artículo 1.591 del Código civil en la denominada compraventa de pisos futuros. Distingue dos casos: cuando se trata de la venta de edificio futuro, que debe ser construido por el mismo vendedor en gestión directa, y cuando la persona que vende el edificio futuro no es el constructor directo, pues encarga su construcción a un tercero. Según este autor, en el primer caso es procedente la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Argumenta de la siguiente manera: en la venta de cosa futura, cuando la cosa vendida deba ser producida por el mismo vendedor, éste asume normalmente una obligación de contenido positivo consistente en producirla (como ocurre en el caso de la construcción de un edificio). Esta obligación positiva, como hemos defendido, es consecuencia, no de un contrato en vía de formación, sino de un contrato obligatorio perfecto y completo, que lleva consigo tal obligación. Por otra parte, cuando las normas dictadas para un determinado tipo contractual, relativamente a una prestación que le es característica, pueden ser aplicadas también a un contrato o un tipo diverso, cuando esto último (la obligación de construir) está inserto en la prestación característica del primero. En el segundo caso, es decir, cuando una persona vende el edificio que ha encargado construir a un tercero (el constructor), parece que el comprador tiene una acción contra el vendedor (por las reglas de la garantía por vicios dictadas para las ventas) y además una acción contra el constructor por el artículo 1.591 del Código civil como subrogado en los derechos que tendría el vendedor contra el contratista.

Según FERNÁNDEZ COSTALES (89) es preciso diferenciar al promotor-constructor y al promotor. Solamente es admisible la aplicación del artículo 1.591 del

(86) MULLERAT BALMAÑA, *La responsabilidad del promotor de edificios. Acciones del comprador de viviendas y locales por causa de defectos*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1978, p. 170.

(87) DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, Madrid, 1980, p. 289.
(87 bis) HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I, Granada, 1974, p. 218.

(88) ROVIRA JAÉN, *La compraventa de cosa futura*, en Estudios de Derecho Privado dirigidos por MARTÍNEZ-RADIO, vol. II, Madrid, 1965, pp. 1149-150.

(89) FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pp. 372-373.

Código civil, si el promotor es a la vez constructor. Pero, en este caso, ya no hace falta la asimilación promotor-constructor pues respondería evidentemente por esta última cualidad. Esta argumentación determina que FERNÁNDEZ COSTALES encuentra serias dificultades para admitir la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 11, 17 y 28 de octubre de 1974) que aplica el artículo 1.591 al promotor. Alega dos razones: 1.^a) El promotor, como propietario que es, no tiene función específica en la construcción de un edificio salvo los derechos y obligaciones derivados de los contratos que celebran con esta finalidad y si interviene estaríamos en presencia del supuesto de una inmisión del dueño de la obra, como hemos estudiado anteriormente. Por tanto, al imponérsele esta responsabilidad al promotor, estaríamos en presencia de una *responsabilidad sin facultades*. 2.^a) No puede existir desamparo de los compradores porque, como hemos visto en la legitimación activa y como expresamente reconoce el mismo Tribunal Supremo, el comprador o adquirente del edificio percibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad y es evidente que está revestido de la acción que le concede el artículo 1.101 del Código civil con carácter general y específicamente el artículo 1.591 del mismo Cuerpo legal.

Para DE LA CÁMARA MINGO⁹⁰ (90), si el contrato se celebra cuando el edificio está construido, se trata evidentemente de la venta de un inmueble, regulándose por las disposiciones de la compraventa de inmuebles. En cambio, cuando el contrato se celebra con base en un proyecto, se trata de un supuesto análogo al de suministro del terreno por el contratista y, por tanto, la solución debe ser analógicamente la misma: es un contrato complejo de promesa de venta y de construcción de edificio.

La mayor parte de los autores que han analizado el problema precisan que procede la aplicación del artículo 1.591 del Código civil en el supuesto de venta de pisos o locales en proyecto o construcción, porque nos hallamos ante una compraventa en que previamente a la entrega existe una obligación de hacer para que aquella se produzca. Concorre, pues, con el «dare» típico de la compraventa, el «facere» propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza compleja. En virtud de esta naturaleza cabría sostener sin violencia que para estos efectos el comprador puede ser considerado como comitente y el vendedor-constructor como contratista (91).

(90) DE LA CÁMARA MINGO, *Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción*, en Tratado del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura, dirigido por GARCÍA GAYO y LÓPEZ ORTIZ, vol. IV, Madrid, 1964, pp. 567-569.

(91) Cfr. GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pp. 269-270; BATISTA MONTERO-RÍOS, *Las servidumbres en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamento en edificio por construir*, en «Revista de Derecho Privado», 1962, p. 200; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-2.º, Barcelona, 1973, pp. 84-85; CARRASO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 249-250; SÁPENA, CERDÁ y SOTO, *Las garantías de los adquirentes...*, p. 81; DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regimenes de indivisión de la propiedad urbana*, en «Revista de Derecho Notarial», 1969, pp. 162 y 189; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de aportación del solar a cambio de pisos en el edificio a construir*, en «Revista de Derecho Notarial», 1967, pp. 281-282; FUENTES LOJO,

Se aprecia con claridad que no se establece la distinción propuesta por ROVIRA JAÉN a la hora de aplicar el artículo 1.591 del Código civil. Entre los autores que mantienen este punto de vista, merece especial consideración la opinión de CADARSO, que se ha ocupado de comentar críticamente la doctrina de las Sentencias de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, que aplican el artículo 1.591 del Código civil, no sólo en el supuesto de venta de pisos y locales en proyecto o construcción, sino también en el de pisos y locales terminados. Con claridad y precisión señala CADARSO (92) que siendo el objeto de la venta de pisos terminados o «llave en mano» una cosa actual, el negocio en que cristaliza la operación se nos presenta como un contrato cuyo sinalagma se desinteresa, en principio, del proceso productivo y concierne, ante todo, a una estricta operación de cambio. Más adelante, cuestiona: ¿cómo metamorfosear el sinalagma contractual? El procedimiento para la conversión del promotor en contratista requerirá una cierta dosis de alquimia jurídica. El propietario del terreno que, con la finalidad de vender por pisos el edificio terminado, acomete la edificación encomendando las obras a diversos gremios especializados no es evidentemente un contratista. Por una razón simple: falta el previo encargo de obra. Si el contrato final de venta no se puede convertir en un inicial contrato de obra, mal se percibe cómo, a pesar de ello, el vendedor haya podido devenir contratista. No es seguramente otra la dificultad que lleva al Tribunal Supremo a una incorrecta afirmación, cual es la que se contiene en el cuarto considerando de la Sentencia de 17 de octubre de 1974 al referirse a «la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista»: ¿cabría admitir sin reparos tan singular figura de «autocontrato de obra»?

Alguna peculiaridad presenta la tesis de MONET ANTÓN (93) al cuestionar la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Distingue entre el contrato de piso proyectado y el celebrado sobre piso en construcción. El primero lo califica como compraventa con prestación subordinada de contrato de obra, prestación ésta antecedente o medio para posibilitar la prestación principal. Como se ve, el punto de vista de MONET ANTÓN se asemeja al de los autores últimamente citados. La divergencia surge en relación con el contrato sobre venta de piso en construcción, que este autor califica como venta especial, venta con obligación de terminar la construcción, que genera en favor del comprador un *ius ad rem* a los efectos del artículo 1.473 del Código civil y la garantía fundamental para caso de incumplimiento del artículo 1.124, así como la aplicación de la regulación legal de la compraventa a la materia propia de los riesgos y el saneamiento, aunque reconoce que la equidad y la buena fe parecen apoyar la aplicación en esta materia de la regulación propia del contrato de empresa.

Parece, pues, evidente que en la venta de piso en construcción MONET ANTÓN propugna la aplicación de la normativa del contrato de obra o empresa (básicamente el artículo 1.591 del Código civil) por una pura razón de equidad.

Suma de la propiedad por apartamento, I, Barcelona, 1979, pp. 145, 152 y 153; MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa...*, en «Revista de Derecho Privado», 1981, p. 1062.

(92) CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, pp. 246-247.

(93) MONET ANTÓN, *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, pp. 18 ss. Referencia en SAPPENA, CERDÁ y SOTO, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 74-75.

Finalmente, queremos señalar que, en relación con la venta de piso futuro, ROVIRA JAÉN (94) pone de relieve que algunos autores, como TRAVIESAS siguiendo a GUILLOUARD, creen que el artículo 1.591 establece una responsabilidad extracontractual de orden público y puede, en consecuencia, hacerse valer contra el contratista por cualquier tercero que esté dañado por la ruina del inmueble, y en virtud de este título, y no como comprador del apartamento futuro, podría ejercitar la acción del artículo 1.591 contra el vendedor.

4. *Opinión personal.*—Hemos visto que nuestro Tribunal Supremo aplica el artículo 1.591 del Código civil, que establece la responsabilidad decenal del contratista, cuando el piso o local que vende el promotor-vendedor presenta vicios o defectos de construcción. Esta solución se aplica en los supuestos de venta de piso o local terminado y en proyecto o construcción.

A nuestro juicio, para solucionar adecuadamente el problema planteado debe tenerse en cuenta la distinción entre venta de piso o local terminado (la denominada venta «llave en mano») y venta de piso o local en proyecto o construcción (la conocida venta sobre «plano»). Así lo destaca la mayor parte de la doctrina y es la solución imperante en el Derecho comparado, como hemos expuesto ampliamente.

a) *La venta de piso o local terminado.*—Cuando el promotor vende pisos o locales terminados es muy problemático considerarlo como vendedor y contratista, y aplicar de forma conjunta la normativa del Código civil sobre los contratos de compraventa y obra. Existen importantes obstáculos para justificar que el promotor es, además de vendedor, contratista en relación con el comprador. No puede afirmarse que éste le ha encargado, en los términos del artículo 1.544 del Código civil, que construya el piso o local comprado, ya que en el momento en que el promotor-vendedor y el comprador se vinculan el piso o local está terminado. El comprador no ha encargado al promotor-vendedor que se proceda a la construcción del piso o local, lo cual es esencial para la existencia del contrato de obra, por más que algún autor afirme que el promotor-vendedor construye para un titular inicialmente indeterminado.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1974 (95) parece que se ha tenido en cuenta la circunstancia señalada, pues se alude a «la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio constructor o contratista» (Considerando 4.º). Puede pensarse que nuestro Tribunal Supremo da a entender que en el caso de venta de piso o local terminado existe una especie de auto-contrato de obra, en el que el promotor-vendedor aparece como contratista y comitente (96). Consideramos necesario destacar que estas afirmaciones, aunque ingeniosas, chocan con la realidad de los hechos. Se trata de salvar las apariencias de corrección jurídica recurriendo a una ficción. En el supuesto contemplado, promotor-vendedor es el dueño de la obra que contrata a diversos profesionales para que lleven a cabo la construcción de un inmueble. El promotor-vendedor no actúa como contratista, sino exclusivamente como comitente o dueño del inmueble

(94) ROVIRA JAÉN *La compraventa de cosa futura...*, p. 149.

(95) Véase la nota 78.

(96) CADARSO alude también a esta cuestión en la página 247 de su conocida monografía.

que, una vez terminado, va a enajenar a determinadas personas (96 bis). Juzgamos más acorde con la realidad afirmar que el contrato que celebra el promotor-venedor con el comprador no puede ser en ningún aspecto de obra, ya que en el momento en que tiene lugar el contrato el piso o local está terminado. Por ello es indudable que este contrato sólo puede consistir en una compraventa.

Como hemos señalado anteriormente, nuestro Tribunal Supremo señala reiteradamente que la aplicación del artículo 1.591 del Código civil es conveniente para la adecuada protección del interés de los compradores de pisos y locales. Por ello se podría objetar que adoptamos una solución puramente formal o dogmática, olvidándonos de que el artículo 1.490 del Código civil establece un plazo de seis meses para ejercitar las acciones edilicias, que empieza a correr en el momento de la celebración de la compraventa del piso o local terminado. Esta objeción, que se basa en consideraciones de equidad, no puede ser ignorada. Desde una perspectiva metodológica y frente a posiciones estrictamente formalistas, tiene razón quien ha afirmado que «no siendo la ciencia jurídica una ciencia especulativa, sino propia de la razón práctica, habrá de atender a la aplicación de las normas, considerando la realidad social en su conjunto y en cada caso individual y concreto. Para que dicha ciencia merezca con razón el calificativo de jurídica, habrá de aspirar constantemente hacia un orden social y unas soluciones concretas las más justas y adecuadas a la naturaleza de las cosas» (97). Por estas consideraciones, en nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (98) hemos señalado que cuando se trata de una obra inmobiliaria, los seis meses que como plazo de caducidad establece el artículo 1.490 del Código civil (99), frustrarán en innumerables ocasiones el derecho del comprador, no ya por su desidia o inactividad, sino por la brevedad del mismo. Por esto afirmamos que no puede desconocerse que nuestro Tribunal Supremo trata de ofrecer una solución útil para proteger suficientemente a los adquirentes de pisos y locales defectuosamente construidos. Como ha destacado CADARSO (99 bis), al examinar este problema en relación con la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, no pocas veces la incorrección formal es el precio que ha de pagar un derecho pretorio y atento a la evolución de los problemas. Sin embargo, el hecho de que neguemos la aplicación de la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (en concreto, el artículo 1.591) cuando la venta tiene por objeto un piso o local terminado, no implica que postulemos la rígida aplicación del artículo 1.490 del Código civil, de tal manera que cuando ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses

(96 bis). Lógicamente estas consideraciones críticas tienen plena aplicación a la citada Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 5 de mayo de 1977 y autores (BRYCH y FURGIUELE) que aceptan dicha tesis.

(97) C. B., *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en este ANUARIO, 1976, IV, p. 1156.

(98) En este ANUARIO, 1980, I, pp. 209-210.

(99) Esta es la solución imperante en la jurisprudencia (Sentencias de 27 de diciembre de 1971, 22 de mayo de 1965, 5 de julio de 1957, 27 de mayo de 1957, 10 de enero de 1946) y en la doctrina (cfr. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 338-339).

(99 bis) CADARSO, *La responsabilidad decenal...*, p. 252.

el adquirente del piso o local carece de toda acción contra el promotor-vendedor. En el mencionado comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 dijimos que ante la imposibilidad del ejercicio de las acciones edilicias (ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1.490), nuestro Tribunal Supremo pudo acoger la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de estas acciones con las generales de incumplimiento (100). Una buena parte de estas sentencias se refieren a la venta de un inmueble por pisos y locales que presentan vicios de construcción. Pueden citarse en este sentido las importantes Sentencias de 28 de noviembre de 1970 (101), 30 de noviembre de 1972 (102), 3 de febrero de 1975 (103), 28 de enero de 1980 (104) y 8 de febrero de 1982, que admiten la aplicación de las acciones generales de incumplimiento.

Pensamos que la citada doctrina jurisprudencial presenta menos dificultades que la aplicación de las normas del contrato de obra (artículo 1.591) cuando el promotor vende un piso o local terminado. El mayor problema que se plantea consiste en justificar esta tesis, de acuerdo con los principios de nuestro Derecho de Obligaciones. Recientemente, MORALES MORENO (105), en un estudio que ha publicado en este ANUARIO sobre el alcance protector de las acciones edilicias, después de destacar el escaso valor que en este punto nuestra jurisprudencia ha atribuido a la regla *Lex specialis derogat generalis*, pone de relieve que las acciones edilicias no suponen incumplimiento de una obligación del vendedor (relativa a un deber de prestación de la cosa sin vicio); ni tampoco exigen culpa en la oferta (cualitativamente imposible), ya que este caso se distingue en el Código (cfr. artículos 1.485, 1.486, II). Por ello deben ser consideradas como una forma de responsabilidad objetiva, prevista de modo especial, al margen de los criterios generales de responsabilidad contractual contemplados en el Código. Significan una atribución objetiva del riesgo al vendedor (106), de alcance limitado. El vendedor, que según los principios generales del Derecho de Obligaciones no tendría que responder de los defectos de la cosa, si actuó de buena fe y nada afirmó acerca de ella, tendrá que hacerlo por virtud del saneamiento. Pero, a cambio, la responsabilidad por el riesgo objetivamente atribuido va a ser limitada, en cuanto al tiempo (artículo 1.490) y en cuanto al contenido (artículo 1.486, I); en todo caso inferior a la fundada en las reglas generales de responsabilidad contractual (cfr. artículo 1.107). Esta atribución objetiva del riesgo, aunque no se justifique en las reglas generales de responsabilidad, no puede pensarse que sea injustificable o injusta para el vendedor. El

(100) Amplia referencia jurisprudencial en ESPÍN CÁNOVAS, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1967, pp. 913 ss., y MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 678-679 y 683.

(101) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 560.

(102) En *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. 4689.

(103) En *Jurisprudencia civil. Edición oficial*, núm. 38.

(104) Véase la nota 83 de este estudio.

(105) MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 585 ss.

(106) Así, R. BERCOVITZ (*Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, en este ANUARIO, 1969, p. 803).

vendedor, aunque haya actuado de buena fe, ha obtenido, objetivamente, provecho del carácter oculto del vicio (facilita la venta, permite obtener mayor precio) y en la medida de ese provecho se le hace responder; lo cual parece justo, siempre que se limite el tiempo de duración de esta forma de responsabilidad. El efecto práctico que se logra a través de las acciones edilicias es asegurar a todo comprador una protección mínima, por razón de los defectos ocultos de la cosa. Protección muy útil para el comprador que no disponga de otro medio para exigir responsabilidad, pero también muy conveniente para el que pudiendo disponer de ellos prefiere limitar su pretensión a las acciones edilicias. En un orden teórico podría parecer que en estos casos (107), disponiendo el comprador de una protección más amplia, no tendrá interés en ejercitar las acciones especiales. Pero en un orden práctico puede no ocurrir así. La utilización de las acciones generales de responsabilidad impone al comprador la prueba, que puede resultarle especialmente dificultosa en algunos extremos, como, por ejemplo, el de la mala fe del vendedor. Las acciones de saneamiento aligeran la carga de la prueba, limitándola a la demostración de la existencia de vicios, e incluso la facilitan con algunas presunciones (cfr. artículo 1.497). No es extraño por ello que el comprador prefiera garantizar un resultado en el proceso, ejercitando estas acciones, para el caso de que no llegara a demostrar los presupuestos fácticos de las generales.

A nuestro juicio, hay que tener en cuenta además que la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual, en la medida en que haya de afirmarse su compatibilidad con las relativas al saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, como señala nuestro Tribunal Supremo y se desprende del planteamiento de MORALES MORENO, va a significar para el adquirente del piso o local terminado una protección bastante similar a la que derivaría de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Tan cierto es esto, que nuestro Tribunal Supremo afirmó en la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (108) la aplicación del artículo 1.124 del Código civil en un caso que encajaba perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 1.591 (ruina de la obra inmobiliaria por vicios del suelo). Pero lo que nos interesa destacar es que las consecuencias que motivó la aplicación del artículo 1.124 fueron semejantes a las que nuestro Tribunal Supremo ha establecido cuando considera aplicable el referido artículo 1.591, ya que también en este caso el resarcimiento se fija de acuerdo con lo prescrito por los artículos 1.101 y siguientes del Código civil (Sentencias de 14 de noviembre de 1978, 3 de octubre de 1979 y 31 de octubre de 1980) (109). En realidad, la singularidad

(107) A nuestro juicio, los casos en que hay que admitir la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento son, sin lugar a dudas, aquéllos en que el vendedor se ha encargado previamente de la fabricación de las cosas vendidas y éstas son defectuosas, pues en estos casos puede evidenciarse una cierta impericia o negligencia en la fabricación, que sirva de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil.

(108) Esta sentencia es comentada por CADARSO, *El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra. Comentario a la Sentencia del T. S. de 19 de abril de 1970*, en este ANUARIO, 1970, III, páginas 670-677. También Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 549-552.

(109) Las hemos anotado en este ANUARIO 1979, IV, pp. 949-953; 1980, I, pp. 194-223; 1981, III, pp. 896-898.

fundamental del artículo 1.591 respecto al 1.124 debe encontrarse en que el primero establece el denominado plazo de garantía decenal, al disponer que el contratista y el arquitecto responden de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción.

Nos parece oportuno señalar también que nuestro Tribunal Supremo ha admitido otra solución satisfactoria para proteger, en el supuesto señalado, a los compradores de pisos y locales defectuosamente construidos. Se afirma que los compradores se subrogan en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra el contratista o el arquitecto que el mismo ha contratado para la realización del inmueble. La Sentencia de 21 de diciembre de 1981 es la última que ha acogido esta doctrina. En el considerando segundo de la Sentencia de 20 de febrero de 1981 (110) se afirma que los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, según enseñan las Sentencias de 12 de noviembre de 1960, 27 de junio de 1961, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965 y 25 de abril de 1975, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores, y ha sido sancionada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961. Nosotros hemos admitido la legitimación del adquirente de pisos o locales para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (artículo 1.591 del Código civil) en los comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979 (111), que siguen esta dirección jurisprudencial. Naturalmente, con este criterio jurisprudencial se remedia el problema que representa la brevedad del plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones edilicias, puesto que el comprador se coloca en la posición jurídica del promotor-vendedor y ejercita la acción que éste tiene contra el contratista o el arquitecto que ha realizado defectuosamente su prestación. Sin negar lo acertado de esta tesis jurisprudencial, no podemos dejar de señalar que estamos en presencia de una facultad que tiene el comprador, pero que, desde luego, no impide que, si lo prefiere, el comprador pueda dirigirse directamente contra el promotor-vendedor, ejercitando las acciones edilicias, de carácter objetivo (artículo 1.485), o las generales de incumplimiento, si se cumplen las condiciones necesarias para ello.

La tesis que defendemos no deja de tener un importante apoyo en la propia jurisprudencia, ya que nuestro Tribunal Supremo, en supuestos de venta de pisos *terminados* que presentan defectos de construcción, confirmando el fallo de la Audiencia Territorial no ha considerado responsable al promotor-vendedor de conformidad con la normativa del Código civil sobre el contrato de obra (artículos 1.588 a 1.600), a pesar de que la misma se tuvo en cuenta en Primera Instancia, sino que ha afirmado que los compradores de los pisos (causahabientes a título particular) se subrogan en la posición jurídica del promotor-vendedor, pudiendo dirigirse directamente contra los profesionales (arquitecto, contratista...)

(110) La hemos anotado en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104.

(111) En este ANUARIO 1978, III, pp. 667 ss.; 1980, I, pp. 194 ss.

que el mismo contrató para la construcción del inmueble. En este sentido son muy significativas las citadas Sentencias de 1 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1981. A nuestro juicio, esta solución jurisprudencial no es impedimento para que los compradores puedan, si lo prefieren, dirigirse contra el promotor-vendedor en base a las normas del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, o de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad contractual, cuya aplicación, en tal caso, hemos defendido en este comentario. Evidentemente, si acaece esto, el promotor-vendedor tendrá acción de regreso contra los profesionales que contrató para la construcción del inmueble, siempre que pruebe que los vicios que éste presenta se deben a la ejecución defectuosa de sus prestaciones.

b) *La venta de piso o local en proyecto o construcción.*—En este supuesto la solución propugnada por nuestro Tribunal Supremo parece más viable. Estamos ante una venta de cosa a construir, que difiere notablemente del tipo de venta al que nos referimos anteriormente. Hay que tener en cuenta que, como ha escrito MORALES MORENO (112), si el vendedor ha fabricado el objeto habrá que atender a esa circunstancia para establecer su responsabilidad. Igualmente C. B. (112 bis) tiene razón cuando puntualiza que el contrato de compraventa típico da lugar a las obligaciones mutuas de la entrega de la cosa y del precio con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. En los contratos de compraventa complejos habría de interpretarse la voluntad de las partes para saber qué obligaciones y derechos se han pactado y, en su caso, determinar qué normas propias de otros tipos de contratos —aparte de la compraventa— habrán de aplicarse y cómo combinar unas y otras del modo más adecuado.

A nuestro juicio, lo afirmado por los autores citados se aprecia con suma claridad en la venta de piso o local a construir, en la que una de las partes (el promotor-vendedor) se obliga frente a la otra (el comprador) a la construcción del piso o local. Existe indudablemente una obligación de hacer que recae sobre el promotor-vendedor. Este no se obliga solamente a entregar una cosa al comprador, sino que además asume la obligación de construir la cosa que ha de ser entregada. Esta obligación de construir es idéntica a la que caracteriza al contrato de obra (artículo 1.544 del Código civil). Como señala C. B. (113), en la venta de cosa a construir habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra. Habrá de tenerse en cuenta lo establecido sobre estos contratos (artículos 1.589, 1.590 y 1.591 del Código civil).

Las afirmaciones precedentes ponen de manifiesto la inexactitud de la opinión de los autores (DENOYELLE, SIZAIRE, DAVID, AEBY y BRYCH) que ignoran el carácter complejo de la venta de pisos y locales a construir. Tampoco compartimos la opinión de ROVIRA JAÉN, que, como vimos, distingue la venta de piso o local a construir por el propio vendedor y la venta de piso o local que construye un tercero por encargo del vendedor. En el primer caso, si sobreviene la ruina se aplica el artículo 1.591 del Código civil, mientras que en el segundo caso no

(112) MORALES MORENO, *El alcance protector...*, p. 587.

(112 bis) C. B., *El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática*, en este ANUARIO, 1976, IV, p. 1151.

(113) C. B., *El negocio sobre cosa futura...*, pp. 1151-1152.

tiene aplicación el mismo. Nosotros pensamos que la venta de piso o local a construir tiene carácter complejo. El promotor-vendedor se obliga frente al comprador a que se construya el piso o local. Asume una típica obligación de hacer, que pesa sobre él aunque contrate a un tercero (el contratista). Frente al comprador es exclusivamente el promotor-vendedor quien se obliga a construir el piso o local, pudiendo, naturalmente, servirse de otras personas para cumplir dicha obligación. En consecuencia, en los dos casos contemplados por ROVIRA JAÉN pesa sobre el promotor-vendedor la obligación de construir el piso o local y, por tanto, si se produce su ruina ha de afirmarse la responsabilidad del promotor-vendedor. De acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, el comprador podría subrogarse en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra el contratista o el arquitecto que el promotor-vendedor ha contratado. El comprador actuaría como causahabiente a título particular del promotor-vendedor (114).

Por las razones que acabamos de exponer, tampoco puede admitirse la tesis de FERNÁNDEZ COSTALES, que no tiene en cuenta que si la venta tiene por objeto un piso o local en proyecto o construcción, el promotor-vendedor asume frente al comprador la obligación de que sea construido, con independencia de que él lo ejecute materialmente o contrate a un tercero, el contratista, para que realice tal cometido

DE LA CÁMARA MINGO tiene razón cuando afirma que la venta de un piso o local en proyecto o construcción tiene carácter complejo; sin embargo, no suele existir una promesa de venta cuando la celebran el promotor-vendedor y el comprador. En la mayor parte de los casos se celebra un auténtico contrato de compraventa, que tiene por objeto el piso o local en proyecto o construcción, al que se agrega la obligación de construirlo. Incluso cuando aparece en el contrato celebrado la expresión «promesa de comprar y vender», «compromiso de venta» u otra análoga, no debemos dejarnos influir decisivamente por ello. Con carácter general, al examinar las promesas de vender y de comprar, Díez Picazo (115) ha llamado la atención sobre el uso y abuso que en nuestra práctica jurídica se hace de las expresiones citadas, sin duda por olvidar que el contrato de compraventa es consensual y que su formalización en escritura pública, incluso cuando lo vendido son cosas inmuebles, no afecta a la perfección o validez del contrato y no tiene otro alcance que el que se deduce de la aplicación de los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil. Conviene además recordar que la calificación de un negocio contractual no es la que las partes le asignen, sino la que se desprenda de su interno contenido y de la función que se trate de desarrollar.

Las observaciones precedentes son perfectamente aplicables al supuesto que nos interesa. El examen del contenido de buena parte de los contratos señalados demuestra claramente lo afirmado por el autor citado.

La tesis de MONET ANTÓN no es totalmente convincente. La afirmación de

(114) Sobre este importante problema, consúltense nuestros comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.) y 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 202-204).

(115) Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, p. 211.

que en el supuesto de venta de piso o local en construcción sólo tienen aplicación las normas del contrato de obra por razones de equidad, cuando el piso o local presente vicios de construcción, no es acertada. A nuestro entender, la aplicación de estas normas se explica porque el promotor-vendedor asume en el momento de la celebración del contrato una obligación de construir, que es típica del contrato de obra. No comprendemos bien las razones que impulsan a MONET ANTÓN a decir que existe una prestación de obra en la venta de pisos en proyecto y no, en cambio, en la venta de pisos en construcción. Lo más lógico es entender que en ambos casos concurre dicha prestación de obra.

La tesis que basa la legitimación de los compradores en la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal (cfr. artículo 1.591 del Código civil), que ha sido admitida por la jurisprudencia italiana y es aludida por ROVIRA JAÉN, al señalar que algunos autores españoles la defienden, puede defenderse siempre que se piense que la responsabilidad decenal tiene naturaleza extracontractual, como afirman en nuestra doctrina GARCÍA CANTERO (116), SANTOS BRIZ (117) y Cossío (118). Sin embargo, el problema radica en demostrar la naturaleza extracontractual de la mencionada responsabilidad. Nosotros hemos examinado esta interesante cuestión en varios trabajos (119), llegando a la conclusión de que esta responsabilidad tiene un marcado carácter contractual, como afirma la mayor parte de nuestra doctrina. En el supuesto contemplado en el artículo 1.591 del Código civil el contratista no ha cumplido correctamente con las reglas del arte de la construcción, que forman parte del contenido del contrato de obra por el cauce del artículo 1.258 del Código civil. La responsabilidad decenal es, por consiguiente, marcadamente contractual.

En conclusión, pensamos que la tesis defendida por la doctrina mayoritaria es la más acertada. En la venta de piso o local en proyecto o construcción existe con anterioridad a la entrega del mismo una obligación de hacer para que tenga lugar. Concurre con el «dare» típico de la compraventa el «facere» propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza compleja. Esta tesis se acomoda perfectamente a los principios que informan a nuestro Código civil y conduce a consecuencia equitativas, porque determina una protección eficaz de los compradores de pisos o locales en proyecto o construcción, que podrán ejercitar la acción de responsabilidad decenal cuando los pisos o locales presenten vicios de construcción que ocasionen su ruina (artículo 1.591 del Código civil), y ejercitar las acciones por incumplimiento contractual, cuando los pisos o locales presenten vicios de construcción que no ocasionen su ruina (120).

Naturalmente, con mayor claridad aún que en la venta de pisos o locales terminados, los compradores podrán, si lo prefieren, dirigirse contra el promotor-

(116) GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina del edificio ex artículo 1.591 del Código civil*, en este ANUARIO, 1963, pp. 1091 ss.

(117) SANTOS BRIZ, *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en «Revista de Derecho Privado», 1972, p. 413.

(118) COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 427.

(119) Ver este ANUARIO: 1978, I, pp. 135-136; 1978, III, pp. 672-673.

(120) Esta es la solución defendida por la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979. Al comentar esta sentencia en este ANUARIO (1980, I, pp. 194 ss.) hemos llegado a la conclusión de que la aplicación de las

vendedor a través de las acciones generales de incumplimiento, como señalan las Sentencias citadas de 28 de enero de 1980 y 8 de febrero de 1982.

c) *Conclusión.*—Como hemos afirmado reiteradamente, nuestro Tribunal Supremo no distingue entre la venta de piso o local terminado y la venta de piso o local en proyecto o construcción. En ambos casos considera aplicable el artículo 1.591 del Código civil si los vicios son determinantes de la ruina, y las normas generales de la responsabilidad contractual si los vicios no producen la ruina, al no estar contemplado este tipo de vicios en la parca normativa del Código civil sobre el contrato de obra, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (Considerando cuarto). Sin embargo, nosotros hemos llegado a la conclusión de que la doctrina del Tribunal Supremo está plenamente justificada cuando la venta tiene por objeto pisos o locales en proyecto o construcción; en cambio, cuando la venta tiene por objeto pisos o locales terminados es difícilmente admisible. El problema que se plantea en este caso puede solucionarse satisfactoriamente teniendo en cuenta la compatibilidad de las acciones edilicias propias de la compraventa con las generales de responsabilidad contractual y a través de la doctrina jurisprudencial que afirma la subrogación del comprador en la posición jurídica del promotor-vendedor para dirigirse directamente contra los profesionales de la construcción que éste ha contratado para realizar la obra inmobiliaria. Pensamos, sin embargo, que sería conveniente una intervención del legislador encaminada a regular ordenadamente los múltiples problemas jurídicos que plantea la promoción inmobiliaria, sobre la que se asienta toda la dinámica jurídica de la construcción hoy en día. Ello sería un paso importante para el desarrollo del artículo 47 de la Constitución sin lugar a dudas, en la medida en que contribuiría a que los adquirentes de pisos y locales gozasen de una más adecuada protección. Precisamente, al comentar en este ANUARIO la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, dijimos que es necesaria una disciplina legal que tutele suficientemente a los adquirentes, sobre todo cuando han tenido que entregar anticipadamente al promotor-vendedor importantes cantidades de dinero (121). Así lo estiman los autores que han comentado críticamente la Ley de 27 de junio de 1968 y, en general, los problemas que surgen en torno a la promoción inmobiliaria. Se exponen una serie de medidas de *lege ferenda*, que se articulan en una doble dirección, la de la calidad de la construcción y la de la titularidad de los pisos o locales (122). Para DE LA CÁMARA ALVAREZ (123), el sistema francés, aunque no esté exento de reparos, es bastante perfecto y completo. Podría, con los debidos retoques, servir de patrón al legislador español. La Ley francesa de 4 de enero de 1978 —pensamos nosotros— ha mejorado en buena medida este sistema al reformar el artículo 1.792

normas generales sobre la responsabilidad contractual es acertada para resolver el problema que plantea la existencia de vicios ocultos que no causan la ruina del inmueble construido, si bien debe también tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código civil.

(121) En este ANUARIO, 1980, I, p. 223.

(122) Cfr. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 82 ss.; SAPENA, GARRIDO y CERDÁ, *Las garantías de los adquirentes...*, pp. 90 y ss.; MUÑOZ DE DIOS, *El fraude en la compraventa...*, pp. 1.066 ss. Téngase también en cuenta lo que afirmamos en la nota 18 de este comentario.

(123) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La insuficiencia normativa...*, pp. 82 -83.

del Código civil, que se aplica, como hemos visto, tanto al promotor que vende pisos y locales en construcción como al que los vende terminados. Además, ha creado un seguro obligatorio de responsabilidad en la construcción, que alcanza al promotor-vendedor, y configurado un sistema de responsabilidad de carácter solidario (124).

Nos parece interesante concluir este comentario jurisprudencial reseñando que el día 23 de noviembre de 1979 fue publicado en el «Boletín de las Cortes Españolas» un Proyecto de Ley sobre Protección Pública a la Vivienda, en desarrollo del artículo 47 de la Constitución, donde se disciplina la promoción privada de actuaciones en vivienda (artículos 22 y siguientes). Las medidas de protección dispensadas a los compradores de este tipo de viviendas aparecen básicamente en los artículos 24, 25 y 26, que se refieren a las garantías del comprador por cantidades entregadas anticipadamente al promotor, al contenido y requisitos de los contratos y a la responsabilidad del promotor cuando presenta vicios de construcción el piso o el local. En relación directa con el problema que hemos examinado en este comentario, el artículo 26 dispone: 1. Los promotores de las acciones en viviendas a que se refiere el artículo 6 de esta Ley, vendrán obligados a ejecutar las obras de reparación de las mismas que fueran necesarias como consecuencia de vicios o defectos de construcción, no imputables al mal uso, manifestados en el transcurso de los cinco años siguientes al otorgamiento de la cédula de habitabilidad de las viviendas derivadas de dichas actuaciones. 2. La correspondiente acción podrá ser ejercitada por cualquier ocupante legítimo de la vivienda y se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades y obligaciones en que haya podido incurrir el promotor como consecuencia del contrato, con arreglo a la legislación general y particular aplicable. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1.º de este artículo, los propietarios de las viviendas, y en su caso los arrendatarios, estarán obligados a mantenerlas en buen estado de conservación y en condiciones normales de habitabilidad».

(124) Véase la referencia que hacemos al Derecho francés en este comentario.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTERO y María DIAZ DE ENTRESOTOS Y FORNS

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Culpa extracontractual. Muerte por cortocircuito del tendido eléctrico de ferrocarril. Prescripción de la acción. Cómputo del plazo. Año bisiesto.*—Al no tener en cuenta la Sala sentenciadora lo dispuesto en el artículo 5.1. C.c. sobre el cómputo de plazos, que lo serán de fecha a fecha cuando se trate de meses o años, e inventar un cómputo especial en el que se hace intervenir, contra toda regla de hermenéutica, la condición de bisiesto del año transcurrido, se incide en la violación por inaplicación del mismo. (Sentencia de 13 de marzo de 1982; ha lugar.)

2. *Negocio fiduciario. Valor del documento público notarial.*—La fe notarial, en materia de contratos, sólo alcanza al hecho que motiva el otorgamiento de la escritura y fecha de la misma, más no a la veracidad intrínseca de lo que los contratantes han declarado ante el Notario, que es lo que la sentencia impugnada niega, con base en el contrato privado de igual fecha a la de la escritura y en el resultado conjunto de la prueba practicada.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Han de decaer los motivos que hacen supuesto de la cuestión al partir el recurrente de que la frase «amortización póliza» que figura en algunos recibos —no en todos ni en los de mayor contenido económico individual— representativos de la entrega de cantidades por el demandado al demandante, equivale a cumplimiento por aquél de la obligación de devolver un préstamo que dice realmente recibido —cuando esta realidad es precisamente la cuestionada— para la adquisición del local y farmacia en litigio, en vez de significar el abono de los beneficios de la explotación en la oficina de farmacia, que es lo que afirma la sentencia combatida.

Prueba de presunciones.—No puede prosperar la infracción que se denuncia del artículo 1.253 Código civil, cuando el Tribunal de instancia no ha basado su resolución solamente en una presunción, sino que ésta es un simple refuerzo de la apreciación hecha del conjunto de la prueba, aparte de que el Tribunal no ha incurrido en conclusiones ilógicas ni absurdas, sino que, por el contrario, ha construido un irreprochable análisis presuntivo.

Negocio fiduciario.—La doctrina legal viene caracterizando el negocio fiduciario como un convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz «erga omnes» y otro, obligacional, válido «inter partes», destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el

supuesto obligacional pactado, y la existencia de este negocio fiduciario no está contradicha por la circunstancia de que a la vez se arbitró en el propio documento un mecanismo de garantía de cumplimiento de lo pactado que se inserta como un préstamo simulado representativo del valor que las partes atribuyen al local adquirido.

Incongruencia.—No puede deducirse de los fundamentos jurídicos de la sentencia ni mucho menos de la discordancia entre éstos y los estimados aplicables por los litigantes, ya que la facultad de los Tribunales de indagar y aplicar la norma que estimen del caso no tiene otro límite, con base en la incongruencia, que la de no poder dar acogida a una acción no invocada, alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras.

Falta de causa del préstamo añadido al negocio fiduciario.—El negocio contenía junto a la propia prestación «in obligatione» de tornar los bienes al demandante como verdadero adquirente de ellos, la alternativa «in solutione» de librarse del compromiso contraído abonando la cantidad figurada como préstamo, de modo que precisamente por el juego del artículo 1.276 del Código civil, cuya inaplicación se acusa, la simulación de la cuantía de aquel préstamo o del préstamo en sí deja intacta la verdadera relación que las partes han concluido.

Ilicitud de la causa.—La alegación de que el repetido negocio trataba de burlar, por parte del demandante, la prohibición del artículo 11 de las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia en cuanto que «ningún farmacéutico podrá tener o regentar más que una sola botica sea en el mismo o en diferente pueblo», trae a debate en casación un tema de apreciación facultativa de los Tribunales de instancia y que precisa, además, la prueba de su existencia frente a la presunción del artículo 1.277 Código civil a cargo del denunciante.

Móvil ilícito y presunción de fraude.—Si esta prueba puede estar manifiesta, conforme a la teoría subjetiva de la causa, en el móvil, esto es, en la concreta finalidad perseguida por las partes, en lugar de residenciarla en el fin abstracto y permanente del negocio, no basta para declarar la ilicitud el dato innegado de que el demandante es titular de otra oficina de farmacia, puesto que lo que determinaría la ilicitud sería la efectiva concurrencia de la duplicidad de establecimientos, evento futuro que no tiene por qué seguirse necesariamente de la declaración judicial postulada, ya que, perseguido por el adquirente-demandante el fin que dice y nadie ha contradicho de propiciar, con la nueva adquisición, su traslado a las inmediaciones de Valencia, es perfectamente hacedero el traspaso del establecimiento que actualmente posee antes de asumir la titularidad del que reclama, siendo de observar, por otra parte, que la duplicidad de establecimientos en que el recurrente hace consistir el fraude legal que acusa, sólo sería posible contando de antemano con la omisión por el particular y la Administración del acta previa de comprobación de requisitos legales que la Inspección Provincial de Farmacia ha de levantar en todo cambio de titularidad, conforme al artículo 9 «in fine» del Decreto de 14 de abril de 1978, lo cual lleva la presunción de fraude más allá de límites razonables.

Obligación de dar cosa específica.—No puede haber infracción de la obligación de entregar la misma cosa cierta convenida a tenor del artículo 1.096 Código civil, cuando se ha demostrado que la oficina reclamada sustituyó en el mismo pueblo a la primitivamente establecida por decisión voluntariamente acatada por el fiduciario recurrente, el cual, por lo demás, plantea aquí una cuestión nueva inaccesible a la casación.

Presunto préstamo usuario.—No existe porque, contra lo afirmado por el recurrente, la cifra de doce millones no entra en juego como un préstamo a devolver, sino en función sustituyente de la entrega de los bienes adquiridos a su verdadero dueño, por el valor libremente dado a los mismos por ambas partes, valor que nada tiene que ver con lo que efectivamente se hubiese pagado por ellos. (Sentencia de 9 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

3. *Simulación relativa.*—Se está en un supuesto de simulación relativa, por la ficticia aparición de un no contratante, a cuyo nombre se hace figurar la adquisición onerosa, consistiendo la combinación simulatoria en documentar como compradora a doña S. G., ya fallecida, de quien es único hijo y heredero el recurrente, cuando la realidad fue que el pago del precio del piso del que se trata se realizó con dinero perteneciente a los bienes gananciales de la sociedad formada por dicho demandado con su esposa.

Fuerza probatoria de la confesión.—La fuerza probatoria de la confesión no es de rango superior a la de los restantes elementos que en los autos obran a la hora de realizar su total ponderación, por lo que ha de ser apreciada por el organismo jurisdiccional en adecuada coordinación con las restantes probanzas, y no desligándose de ellas. (Sentencia de 21 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

2. Derecho de la persona

4. *Revocación de declaración de incapacidad por locura. Incongruencia.*—La sentencia recurrida no es incongruente porque declare capaz a la interesada y deje sin efecto la resolución de incapacidad, mientras que lo pedido fue que se anulase la declaración de incapacidad, ya que, como fácilmente se comprende, ambas cosas significan exactamente lo mismo.

Incongruencia.—No la hay cuando se conceda menos, pero no más de lo instado.

Defecto del recurso.—Lo es invocar que la sentencia combatida contiene disposiciones contradictorias, cuando se reconoce que la contradicción no existe entre los términos del fallo, sino que se habla de las situaciones conflictivas que puedan surgir en la ejecución.

Defecto del recurso.—Constituye defecto alegar conjuntamente error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba, por incidir en la falta de claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Representación del incapacitado y desistimiento del tutor.—Dado lo dispuesto en el artículo 262 del Código civil es evidente que el tutor no puede estar en condiciones de alegar un desistimiento o renuncia de sus funciones, contra el carácter semi-público de las mismas, significativo de deberes y no sólo de derechos que, de suyo, son irrenunciables.

Validez del poder otorgado por la incapaz antes de la declaración de incapacidad.—No puede prosperar la alegación de la nulidad de este poder en favor del Procurador actuante, entre otros motivos, porque es un incuestionable presupuesto jurídico, reconocido en reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal, que son válidos los actos efectuados por el incapaz antes de que la incapacidad sea judicialmente declarada, a menos que concreta y específicamente se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate.

Autorización del Consejo de Familia según el artículo 219 del Código civil.—Esta autorización está limitada al defensor del presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse, conforme al artículo 215, párrafo 2.º, del propio Código, pero nada tiene que ver con el supuesto presente en el que actúa el propio interesado por sí. (Sentencia de 23 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

5. *Documentos auténticos.*—Es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala acerca de que ni los escritos expositivos de las partes, ni la prueba de confesión, ni aquellos documentos que ya fueron examinados y valorados en su alcance probatorio por el juzgador de instancia, y máxime dentro de un examen conjunto de toda la prueba producida, son auténticos.

Prueba de confesión.—Según nutridísima jurisprudencia de esta Sala, ni la confesión es medio de prueba que haya de prevalecer absolutamente sobre todos los demás, ni, finalmente, dentro de la confesión es lícito aislar unas concretas manifestaciones del contexto de todas las efectuadas, olvidando el artículo 1.233 que inmediatamente sigue el supuestamente infringido y a tenor del cual la confesión no puede dividirse contra el que la hace.

Prueba de las obligaciones. Artículo 1.214 del Código civil.—No se ha infringido el artículo 1.214 del Código civil, norma o precepto de carácter genérico a la manera de rúbrica general sobre la prueba de las obligaciones, que, por sí solo, no es bastante para integrar una infracción de ley y que en definitiva, no puede servir para sustituir el criterio valorativo de la prueba atribuido al Tribunal por el personalísimo del impugnante.

Responsabilidad solidaria de los promotores por falta de pago del precio.—La jurisprudencia más reciente (por todas, y entre las últimas, la sentencia de 2 de marzo de 1981), ha prestado acogida a la concepción actual de la obligación solidaria poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen no obstante unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés

del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica, ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrectora al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en la garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones.

Interpretación del contrato.—La interpretación del Tribunal de instancia no puede calificarse de absurda o ilógica, por lo que debe prevalecer, claudicando el motivo en examen. (Sentencia de 15 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres promotores encargaron a un contratista la construcción de un edificio. Los promotores se negaron a pagar al contratista el costo de las obras de construcción realizadas, por lo que éste los demandó como deudores solidarios.

En Primera Instancia prosperó la demanda del contratista. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta sentencia está en consonancia con la línea doctrinal y jurisprudencial que, a pesar del texto del artículo 1.137 del Código civil, afirma la responsabilidad solidaria de los causantes del daño, aunque no exista en realidad un pacto expreso de solidaridad. La sentencia que comentamos tiene el mérito de destacar la existencia de una interpretación semicorrectora del citado artículo, evidenciando lo que en realidad está sucediendo, no sólo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, sino también en el de la responsabilidad contractual. Una buena prueba de lo afirmado aparece en sede de contrato de obra, donde la jurisprudencia mantiene de forma constante que los profesionales de la construcción responden solidariamente cuando no puede llevarse a cabo una individualización de las conductas y el hecho dañoso es producto de una acción conjunta. Una amplia referencia doctrinal y jurisprudencial en nuestras anotaciones a las sentencias de 9 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261) y de 5 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, II, pp. 543-544).

A. C. S.

6. *Defecto formal en la interposición del recurso.*—Incide en la falta de la claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no precisar cuál de los dos párrafos del artículo primeramente invocado es el que considera el recurrente erróneamente interpretado.

Interpretación del contrato.—Lo que el recurrente pretende realmente es sustituir por su personal criterio el siempre más ponderado y objetivo de la Sala, lo que no es dable hacer conforme viene proclamado, salvo que tal interpretación pueda ser tildada de equivocada, ilógica o desorbitada.

Cláusula penal.—Por su naturaleza debe ser objeto de específico pacto para que pueda ser vinculatoria de las partes, de tal forma que, si no

consta su existencia de un modo claro y terminante, no puede ser exigible, máxime que esta Sala viene reiteradamente estableciendo que las cláusulas penales deben ser interpretadas restrictivamente, y porque aunque se pudiera admitir la eficacia de la cláusula penal, su aplicación siempre estaría subordinada al hecho de que existiera incumplimiento de aquella precisa obligación en cuya garantía fue establecida la pena.

Confesión judicial.—Esta Sala tiene declarado con reiteración que la confesión judicial no es probanza que pueda primar sobre las demás cuando en la instancia se obtiene otra conclusión contraria por la conjunta apreciación probatoria.

El simple retraso no justifica la resolución.—El simple retraso no puede producir, so pena de entrañar un injusto enriquecimiento para el demandante recurrente, los pretendidos efectos resolutorios, como se dice en la sentencia de este Tribunal de fecha 15 de abril del corriente año, reiterando otras anteriores. (Sentencia de 27 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se demanda la resolución del contrato por causa de incumplimiento contractual. La demanda es rechazada en Primera Instancia y en la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—A) En relación con la cuestión de la cláusula penal, en esta sentencia se reproduce la posición constante de nuestro Tribunal Supremo. Este sigue un criterio que preconiza una interpretación restrictiva de las cláusulas penales. Hay que subrayar que esta interpretación restrictiva es afirmada por la jurisprudencia no sólo en cuanto a la existencia de la cláusula penal, circunstancia que pone de relieve la sentencia que anotamos, sino también sobre su alcance y contenido (Sentencias de 13 de junio de 1906, 19 de junio de 1941, 5 de noviembre de 1964, 21 de abril de 1976 y 11 de mayo de 1979). Esta doctrina encuentra su fundamento en el carácter sancionador de la cláusula y por consiguiente en la idea de que *odiosa sunt restringenda*. Sobre esta doctrina jurisprudencial téngase en cuenta el comentario de Díez-PICAZO a la Sentencia de 10 de junio de 1969, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 488-492.

En la sentencia que anotamos, y en otras anteriores, se dice que la existencia de la cláusula penal ha de constar de un modo claro y terminante. Esta afirmación ha de entenderse completada con la de la Sentencia de 3 de marzo de 1956, en la que se afirma que la pena convencional existe no sólo cuando se pacta expresamente con este nombre, sino también cuando se pacta cualquiera otra estipulación que lleva al mismo resultado, pues no es necesaria ninguna fórmula especial.

Por último, al señalar que su aplicación está subordinada al hecho de que existiese incumplimiento de la obligación en cuya garantía fue establecida la pena, nuestro Tribunal Supremo reproduce la doctrina de otras Sentencias, como las de 5 de noviembre de 1964, 19 de abril de 1975 y 27 de diciembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO, 1981, III, pp. 878-879. Conviene destacar en este punto que en otras Sentencias se precisa el significado del incumplimiento, al decirse que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento ha de ser imputable al obligado a pagar la pena, no debido a caso fortuito o fuerza mayor (Sentencias de 15 de diciembre de 1926 y 5 de noviembre de 1964). Naturalmente, si se ha acordado que también en estos casos es exigible, no cabe duda de que será exigible la cláusula penal, según se infiere de los artículos 1.152, 2.º, y 1.105 del Código civil.

B) Se alude en esta sentencia al debatido problema del simple retraso como posible causa que pueda justificar la resolución del contrato. Nuestro Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no procede la resolución, salvo que el retraso motive un injusto enriquecimiento para el recurrente.

En el terreno doctrinal el problema señalado ha sido analizado ampliamente por DÍEZ-PICAZO, en su estudio *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en este ANUARIO, 1969, pp. 383 ss., y en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, pp. 666 a 669 y 859 a 861, donde demuestra, en contra de los que piensan que la constitución en mora del deudor es un requisito de la facultad de resolver el contrato, que el retraso en el cumplimiento de la obligación puede ser una causa justificativa de la resolución del contrato sinalagmático. Indudablemente hay casos en que el retraso no justifica la resolución y otros en que sí la justifica. Un análisis de los distintos casos, teniendo en cuenta las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que se enfrentan con el problema, se encuentra en las referidas obras del autor mencionado.

A. C. S.

7. *Interpretación del contrato. Criterios objetivos.*—Nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de los términos en que está redactado el artículo 1.281 del Código civil, no consagra de forma absoluta la teoría subjetivista de la interpretación del contrato, ya que en caso de criterios dispares entre los contratantes los Tribunales han de atender a la voluntad común de ambos y desatender la voluntad interna meramente subjetiva de alguno de ellos, como se deduce entre otras de la Sentencia de 22 de junio de 1950, de modo que la intención de los contratantes no es lo que ellos quisieron, sino lo que decida un observador imparcial, en este caso el Tribunal «a quo» con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del artículo 1.258 del mismo Código sustantivo, y en esa operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio evidente de elementos objetivos.

Calificación del contrato.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la calificación de los contratos no está obligado el Juzgador a pasar por lo que las partes consignent en sus convenios, sino que sobre las palabras usadas por los contratantes estén los hechos constitutivos del contrato.

Cuestión de hecho.—La «obra contratada», dato fáctico que sirve de soporte o presupuesto esencial al artículo 1.593, es cuestión de hecho, como admitió la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1971.

Defectos formales en la interposición del recurso.—En el motivo quinto se involucran tres conceptos distintos de infracción, lo que supone no atenderse la recurrente a la norma imperativa contenida en el artículo 1.720, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por tanto se incurre en la causa de inadmisión del motivo definida en el artículo 1.729, número 4.º, de la misma Ley, aparte de que en cuanto a los citados artículos 1.822 y 1.289 no se indica cuál de los párrafos varios que contienen es el que se pretende infringido, lo que a su vez integra la causa de inadmisión del número 6 del últimamente citado artículo de la Ley Procesal Civil.

Interpretación del contrato en contra del criterio del Tribunal de Instancia.—El recurrente pretende llegar a un determinado sentido hermenéutico

contrario o notoriamente diverso del que obtuvo la Sala de Instancia, para lo cual es procedente la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y no el elegido en estos motivos.

Cuestión de hecho.—Es cuestión de hecho, que corresponde ser determinada por el juzgador de instancia, la concreción del perjudicado y quién dejó de cumplir el contrato.

Carácter subsidiario del artículo 1.282 del Código civil.—Como declaró esta Sala, el invocado artículo 1.282 tiene carácter subsidiario respecto del anterior, por lo que debe recurrirse a él si el contrato que hubiese de interpretarse ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

Sociedad civil.—En el ordenamiento civil español, a diferencia de otros extranjeros, como el alemán federal y el portugués y de la tendencia moderna en materia de contrato de sociedad civil, este contrato constituye una persona jurídica distinta de la de los socios que la forman, salvo en el supuesto de sociedad irregular (artículo 1.669 del Código civil) no contemplado en el supuesto debatido (artículo 35, número 2.º, del mismo Código). (Sentencia de 30 de abril de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta Sentencia se sigue la tesis imperante en la doctrina y la jurisprudencia, que afirman la importancia de los criterios objetivos a la hora de interpretar el contrato. Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en nuestra anotación a la Sentencia de 30 de noviembre de 1981, que destaca también la importancia de los criterios objetivos de interpretación, fundamentalmente, la buena fe y los usos (en este ANUARIO, 1982, II, pp. 554-555).
A. C. S.

8. *Sentencias de los Tribunales.*—Es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de que las sentencias han de dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho existente en el momento de incoación del pleito, por lo que lo pactado después por el demandado con uno de los demandantes, solamente puede tener consecuencias contra ellos, con la única posible recusación para el período de ejecución de sentencia, en el reducido ámbito particular en que el pacto tuvo lugar.

Interpretación del contrato. Valor de los anuncios publicitarios.—La interpretación de la sentencia recurrida, valorando no sólo de la simple letra del discutido contrato, sino también de todos los demás elementos probatorios e interpretativos que le permite el Código para hallar la voluntad real de los contratantes, como los anuncios publicitarios, es perfectamente lógica que, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial, debe prevalecer sobre la particular e interesada de quien recurre. (Sentencia de 20 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promovió la construcción de un conjunto de viviendas de protección oficial. En las primitivas ofertas se anunciaron unas determinadas condiciones de venta, que no fueron cumplidas en su integridad por

el promotor. Por esta razón los compradores le demandaron, solicitando que se entendiera vendida la participación ofrecida en los locales comerciales del edificio según las condiciones y precio prometido, y a completar el espacio de las plazas de garaje comprometidas o se tuviese por resueltos los contratos.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta Sentencia está en la línea de la de 27 de enero de 1977, en la que nuestro Tribunal Supremo, confirmando los fallos del Juzgado y de la Audiencia Territorial, afirma la eficacia jurídica de la propaganda, al decir que «siendo muy parco el contrato suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe, proclamado en el artículo 1.258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa».

Consúltese los comentarios de RICO PÉREZ (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1978, pp. 345-358) y LASARTE (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1980, pp. 50-78) a la Sentencia de 27 de enero de 1977, cuya doctrina consideramos plenamente acertada.

A. C. S.

9. *Compraventa de local. Prueba de la existencia del contrato. Determinación del precio.*—No cabe alegar que a través de las certificaciones de obra y del visto bueno del Arquitecto Director de la misma se podía llegar a una determinación del precio del local, ni que esto sea lo habitual en este tipo de construcciones en las que el cooperativista entrega una cantidad inicial y el resto cuando, a la terminación de la obra, se determina el precio con absoluta concreción, ya que la aplicación del artículo 1.447 Código civil presupone la existencia de un concierto previo entre las partes y la cumplida probanza del específico pacto de referir el precio «a otra cosa cierta», y la sentencia recurrida declara que no existen elementos probatorios de los que pueda deducirse una supuesta determinación automática.

Determinación de la cosa vendida mediante su posesión por el presunto comprador.—Se denuncia violación del artículo 1.273 C. c. al aducir que el local pretendido está perfectamente determinado desde el momento en que se concedió al recurrente su posesión a título de dueño, razonamiento rechazado por falta del correspondiente *onus probandi*, pues sólo se ha acreditado una posesión meramente tolerada de la cosa. (Sentencia de 26 de abril de 1982; no ha lugar.)

10. *Interpretación de los contratos.*—Es constante la doctrina jurisprudencial respecto a que la interpretación de los contratos concierne privativamente al Tribunal de Instancia, cuya labor sólo es revisable en casación cuando manifiestamente aparezca infringido algún precepto regulador de la hermenéutica negocial, por lo que el resultado a que aquél llegó habrá

de ser mantenido mientras sea lógico o racional, aunque pueda haber alguna duda sobre su rigurosa exactitud.

Documentos auténticos.—Son reiteradas y sobradamente conocidas las declaraciones de la doctrina legal de que no constituye documento auténtico a efectos del recurso de casación por falta de literasuficiencia el mismo cuyo contenido fue objeto de debate.

Prestación diversa y vicios de la cosa.—Sin dejar de reconocer la jurisprudencia las dificultades que ofrece en la realidad la distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa, se orienta a entender que se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio* cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 (Sentencias de 1 de julio de 1947, 30 de noviembre de 1972, 25 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y a *contrario sensu* la muy reciente de 12 del mes en curso), supuesto que no debe ser confundido con el de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, sometida a la regulación específica del saneamiento conforme al Código de comercio, según se desprende de la doctrina mantenida por las Sentencias de 13 de marzo de 1929, 31 de octubre de 1961, 6 de abril de 1967, 22 de diciembre de 1971 y 14 de abril de 1978, y no puede ponerse en duda que entraña entrega de objeto diverso y por lo tanto determina verdadero incumplimiento proporcionar al comprador tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola según lo pactado.

Principio de la compensación automática o «ipso iure».—Es señalado en el artículo 1.202 del Código civil, con extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y producción de efectos *ex tunc*. (Sentencia de 23 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia de la Audiencia confirma la recaída en Primera Instancia, que estimando la reconvencción entablada por la compradora condenó a la demandante vendedora a pagar una indemnización en atención a los daños ocasionados por la defectuosa calidad de las placas vendidas, fabricadas con malos materiales (yeso de mala calidad en vez de escayola, según lo pactado). No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—La doctrina de esta Sentencia es coincidente con la de 12 de marzo de 1982, pero mientras que en esta Sentencia no se considera procedente la aplicación de las acciones generales de incumplimiento, ya que la cosa vendida era defectuosa, en la Sentencia que anotamos, al ser la cosa vendida distinta de la pactada, si cabe la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. Para nuestro Tribunal Supremo entraña entrega de objeto diverso el proporcionar al comprador tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola, según lo pactado.

A nuestro juicio, en presencia de casos como el planteado tiene razón nuestro Tribunal Supremo cuando pone de relieve las dificultades que ofrece la distinción entre la prestación diversa y los vicios de la cosa. En nuestra doctrina, MORALES MORENO (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1981, III, pp. 650 ss.) se refiere a la distinción entre vicios redhibitorios y ausencia de cualidades, afirmando que cuando se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios, entre vicios y ausencia de cualidades. En un orden práctico, prosigue diciendo, los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto por su naturaleza, cuanto por su influencia en la utilidad que la cosa deba prestar.

En el plano práctico, si se sigue fielmente la doctrina reflejada en la sentencia de 12 de marzo de 1982 y en la que anotamos, ha de afirmarse que en un caso el comprador dispondrá de las acciones generales de incumplimiento, que prescriben a los quince años (art. 1.964 del Código civil), y en otro, tan sólo dispondrá del plazo de caducidad de treinta días que fija el artículo 342 del Código de comercio para el ejercicio de las acciones de saneamiento en la compraventa mercantil. Así, en el caso de venta de parquet defectuoso, nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de marzo de 1982, solamente considera aplicable el artículo 342 del Código de comercio, y cómo el comprador no ha ejercitado la acción de saneamiento en el plazo de treinta días a contar de la entrega, carece ya de acción frente al vendedor; mientras que en la sentencia que anotamos, como se han entregado tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola, como se había pactado, sí cabe la aplicación de las acciones generales de incumplimiento. Según se infiere de la sentencia de 12 de marzo de 1982, en el primer caso la seguridad del tráfico impone la aplicación estricta del artículo 342 del Código de comercio.

A nuestro juicio, ni es claro que en los casos de ausencia de cualidades no quepa, junto a las acciones generales de incumplimiento, la invocación de las acciones edilicias, por lo dicho anteriormente, ni que sea inviable la aplicación de aquéllas cuando las cosas vendidas presentan vicios ocultos, si éstas han sido fabricadas por el vendedor, evidenciándose en su fabricación su impericia o negligencia. Sobre el argumento utilizado por la sentencia de 12 de marzo de 1982 para negar la viabilidad de las acciones generales de incumplimiento cuando las cosas que se venden son defectuosas; nos remitimos a la anotación de esta sentencia en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

11. *Compraventa mercantil*.—Si ya en principio las compraventas celebradas entre comerciantes van acompañadas de la presunción de que corresponden al giro de sus negocios y por ello revisten carácter mercantil, en el caso de litis la intromisión especulativa de la compradora es patente, por más que el parquet estuviera destinado a su colocación en un inmueble de manera permanente, pues la actividad constructora, al igual que la manufacturera o la fabril, no excluyen la nota de que se trata en la compra de elementos que luego son industrialmente transformados, operación que es propia del comercio de reventa ya declaró la aneja sentencia de 22 de abril de 1911, y es claro, por otra parte, que no puede acudirse a la excepción tercera del artículo 326, norma que sobre hacer referencia a una realidad económica poco compatible con reglamentaciones en la actualidad autorizan al artesano para utilizar mano de obra asalariada (Decreto de 22 de febrero de 1968), conviene únicamente a situaciones en las cuales, como señala la

exposición de motivos del Código de comercio, los industriales «se limitan a fabricar con sus propias manos los objetos de su industria, a medida que se los encargan y dentro de sus mismos talleres u obradores», hipótesis antagónica a la de autos, que es la de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, transformada luego en Anónima, produciendo en masa determinadas mercaderías que coloca también en grandes cantidades en el mercado.

Principio de la congruencia. Iura movit curia.—Según ha declarado esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1981, como ya lo hiciera en análogos términos la de 28 de diciembre de 1970, el principio de congruencia, prohibitivo de toda resolución *extra petita*, no impone sino una racional adecuación del organismo jurisdiccional a las peticiones de las partes y a los hechos que se insertan, de donde se sigue que guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y al relato fáctico de los contendientes, viene permitido al sentenciador realizar su juicio crítico del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando preceptos no citados por los litigantes conforme al apotegma que proclama la libertad del Juez al servirse de la motivación jurídica (*iura novit curia*), siempre que la pretensión no resulte alterada, lo que no acontece en el tema que el recurso contempla, pues la sentencia de la Sala no se apartó de las cuestiones sometidas a su conocimiento ni prescindió de la causa de pedir al entender que tratándose de un supuesto referente a prestación defectuosa en un contrato de compraventa mercantil, los derechos que asisten al comprador por los pretendidos vicios ocultos no son otros que los establecidos en los artículos 336 y 342 del Código de Comercio, que señalan breves plazos de caducidad (sentencias de 6 de abril de 1967 y 30 de octubre de 1981, entre otras), cuyo transcurso, por consiguiente, pudo apreciar el Tribunal de instancia sin necesidad de referencia por la vendedora.

Informes técnicos.—Es reiterada doctrina que la apreciación que el Tribunal haga de los informes técnicos está sustraída a la censura de la casación.

Vicios ocultos en las cosas vendidas.—Si bien la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*) a la pactada en el contrato de compraventa, determinante del pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto o insatisfacción total del acreedor, puede ser subsumida en los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, cuando se trate de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de comercio, sin que le venga permitido la utilización de las reglas generales del derecho común sobre el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimientos inexacto, según se desprende de la doctrina contenida en las sentencias de 13 de marzo de 1929, 31 de octubre de 1961, 6 de abril de 1967, 22 de diciembre de 1971 y 14 de abril de 1978. Resulta contrario a la seguridad del tráfico, de tanta significación en el ámbito comercial, conceder el dilatado lapso de los quince años al comprador que recibe sin protesta la mercadería y se abstiene de entablar reclamación de los plazos perentorios que fija el Có-

digo de comercio para la existencia de vicios o defectos, como aconteció en el caso debatido, pues la protesta de la recurrente se produjo después de haber transcurrido con exceso los treinta días a contar desde la entrega de la última partida del perquet-mosaico y la acción reconvenzional aparece entablada el treinta de abril de 1977, es decir, unos veintidós meses más tarde. (Sentencia de 12 de marzo de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa, por cuya virtud la sociedad vendedora entregó a la compradora 55.000 metros cuadrados de parquet al precio de 195 pesetas el metro cuadrado. La vendedora demandó a la compradora por falta de pago de una parte del precio fijado. En la contestación a la demanda, la compradora alegó, entre otras cosas, incumplimiento de la demandante por deficiencias en el material suministrado, y por ello la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia acogió tanto la demanda como la reconvezión. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada en el pronunciamiento que estima la reconvezión. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—A) En esta sentencia se parte de la contraposición entre vicio oculto y defecto de calidad o cantidad, comúnmente admitida por la doctrina mercantilista (amplia referencia en MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilizias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 647-648, nota 31). Y acoge la solución imperante en la misma, de la cual es reflejo la siguiente afirmación de LANGLE: «Insistimos en que el concepto de cosa con vicio no equivale al de cosa materialmente diversa de la pactada; esta última hipótesis no sitúa jurídicamente en el ámbito del saneamiento, sino del total incumplimiento de la prestación debida». En relación con la cuestión en el marco de la compraventa mercantil, nos remitimos a las apreciaciones de MORALES MORENO (*Op. cit.*, p. 648).

B) Para nuestro Tribunal Supremo, en el ámbito de la compraventa mercantil, si las cosas vendidas presentan vicios ocultos, le está vedado al comprador la invocación de las acciones generales de incumplimiento y tiene como único medio de defensa las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de comercio. De esta manera se aplica inexorablemente el artículo 342 del Código de Comercio, que establece un brevísimo plazo de caducidad de treinta días a contar desde la entrega de la cosa vendida. Esta solución se justifica en consideraciones de seguridad del tráfico, al que no se adecua el plazo de prescripción de quince años, que para el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento establece nuestro Código civil en el artículo 1.964.

A nuestro juicio, lo más llamativo de la sentencia es el argumento utilizado para justificar la tesis mantenida y que no es otro, como hemos señalado, que el de la seguridad del tráfico. Conviene por ello reflexionar sobre el mismo, aunque sea brevemente. Parece claro que una pretendida Seguridad Suprema, en la sentencia que anotamos, considera preminente la protección del tráfico a la de los compradores, pues es incuestionable la cortísima duración del plazo de caducidad que establece el artículo 342 del Código de Comercio. Pensamos que no es tan claro que, en aras de una pretendida seguridad del tráfico, haya que negar categóricamente, en el ámbito de las compraventas mercantiles, la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos con las generales de incumplimiento, de igual manera que ello es posible en el ámbito de las compraventas civiles. La pretendida tutela del tráfico no puede utilizarse como un argumento irrefutable, ni mucho menos,

que imposibilite, una vez transcurridos los treinta días que fija el artículo 342 del Código de comercio, cualquier otro medio de protección que el ordenamiento jurídico pueda conceder al comprador. Y uno de estos medios es precisamente el de poder acudir a las acciones generales de incumplimiento. Como muy bien dice MIGUEL GONZÁLEZ (*La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, p. 480), parece claro que la apelación al tráfico se ha convertido, como decía REICHEL, en un lugar común que se usa ya sin ulterior comprobación y de una manera automática. Por todo lo apuntado, consideramos más satisfactoria la dirección doctrinal y jurisprudencial que propugna la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida y las acciones generales de incumplimiento, atribuyendo un escasa importancia a la regla *Lex specialis derogat generalis*. Creemos que esta solución no supone un grave quebranto para el tráfico, pues, en realidad, constituye una necesidad para la adecuada protección de los compradores. Tal vez deba afirmarse que en buena medida la seguridad del tráfico presupone precisamente la adecuada protección de los sujetos que intervienen en el mismo y muy especialmente de los compradores. A. C. S.

11 bis. *Responsabilidad del fabricante. Venta de productos vitamínicos para el engorde del ganado. Culpa contractual. Responsabilidad por daños. Nexo causal.*—Normal y lógicamente entre la introducción de un producto antitiróideo, que precisa de aplicación adecuada en la dosis y en el tiempo, sin ponerlo en conocimiento del adquirente, e incluso sin constancia en la fórmula registrada, y sin dar instrucciones adecuadas al adquirente de cómo había de ser administrado el producto con el citado antitiróideo incorporado, y el resultado dañoso producido en el ganado al que tal producto fue suministrado y al que venía destinado, se da el nexo causal determinante de la secuencia responsabilizadora pretendida, cuando el resultado nocivo de dicha sustancia antitiróidea viene corroborado por el hecho de que la Dirección General Agraria en resolución de 3 de julio de 1977 prohibió el empleo de sustancias antitiróideas en ganadería.

Riesgo para la comunidad. Presunción de culpa.—La introducción por la entidad demandada de una sustancia tóxica de utilización peligrosa, capaz de producir el evento producido, sin figurar en la fórmula aprobada para su comercialización, y, más aún, sin ponerlo en conocimiento del adquirente, ni darle instrucciones adecuadas para su correcta aplicación impositiva de generar daños, creando un indudable riesgo a la comunidad, conduce al reconocimiento de secuencia responsabilizadora, salvo que se hubiese alegado y probado por la entidad demandada, que fue otra la causa determinante del evento dañoso producido. (Sentencia de 26 de marzo de 1982; ha lugar).

Sentencia importante, no sólo por los intereses económicos implicados en el caso (la demanda solicita una indemnización superior a 13 millones de pesetas), sino por su conexión con dos temas de extraordinaria actualidad, la defensa del consumidor y la tutela de la salud pública, respecto de los cuales se muestra aquélla sensible al aludir al riesgo para la comunidad que representa añadir a un producto de complemento vitamínico para el ganado cierto compuesto químico de carácter tóxico y cuyo empleo había sido prohibido administrativamente. Los daños causados al ganado fueron, en unos casos, la muerte de algunos animales, en otros, su pérdida de peso y su enfer-

medad, que obligó a un sacrificio prematuro. Es plenamente de alabar la doctrina a esta s. (Pte. Fernández Rodríguez) que se completa con la 2.ª de la misma fecha, en la que, a la cantidad solicitada en la demanda, se deducen los gastos que por todos los conceptos hubieren de hacerse normalmente para que el ganado en cuestión pudiese alcanzar el período del normal sacrificio. (G. G. C.).

12. *Resolución por incumplimiento en la compraventa de bienes inmuebles.*—Tratándose de la compraventa de bienes inmuebles y como excepción al principio «dies interpellat pro homine», el artículo 1.504 del Código civil dispone que a pesar de la estipulación en orden a la resolución de pleno derecho de la venta por transcurso del término fijado al efecto sin realizar el pago del precio, y asimismo cuando no existe acto comisario según la jurisprudencia añade, puede el comprador cumplir su primordial obligación en tanto el vendedor no le requiera judicialmente o por acta notarial, declaración de voluntad recepticia dirigida no a obtener la contraprestación del comprador desatendida, sino a que el otro sujeto del contrato tenga sin más por resuelto el vínculo negocial; y si bien la doctrina jurisprudencial añade al requisito de la falta de pago del precio dentro del plazo fijado, la intervención de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador, tal presupuesto material, cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia, vendrá de ordinario entrañado en el dato mismo de la ineffectividad del precio a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas del proceder del comprador respetuoso con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que han de presidir la ejecución contractual. (Sentencia de 19 de mayo de 1981; no ha lugar).

HECHOS.—Con posterioridad a recibir el requerimiento, el demandado (comprador) pretendió liquidar las sumas pendientes, a lo que se negó el actor.

13. *Facultad resolutoria del contrato de compraventa.*—Tanto para la aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código civil, en el concreto caso de venta de inmuebles, como para la de igual naturaleza que otorga el artículo 1.124 del mismo texto legal, para la de obligaciones recíprocas, no basta un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes para decretar la resolución del vínculo, sino que es preciso que se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Así se manifestó en las sentencias de 2 de enero de 1961, de 30 de abril, de 11 de junio de 1969, 18 de noviembre de 1970 y 5 de julio de 1971.

Para pronunciar dicha resolución no es suficiente con comprobar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución

en la común intención de los contratantes, como ya se dijo en la sentencia de 18 de noviembre de 1970. (Sentencia de 15 de abril de 1981).

14. *Locación de cosas*.—El artículo 1.543 del C. c. requiere para la locación de cosas que tipifica, la concurrencia en la cesión del goce o uso por parte del arrendador, de los requisitos de un tiempo determinado en su duración y precio cierto, como contraprestación a cargo del arrendatario, requisitos que se cumplen en el presente caso.

Pretensión ad cautelam.—Cuando la demanda contiene una pretensión subsidiaria en la que se plantea, «ad cautelam», una situación fáctica y jurídica a la que se podría dar lugar por desestimación de la principal, el Tribunal de Instancia, al absolver de ésta ha de entrar a resolver expresamente sobre la primera, haciendo por separado los oportunos pronunciamientos, pues sólo se autoriza el pronunciamiento absolutorio de todas las pretensiones formuladas, sin que haya precedido al fallo el examen jurídico de todas ellas, si, independientes entre sí del solo examen de la cuestión principal, al estar ligadas a la misma por vínculos de dependencia, deriva necesariamente la improcedencia de las demás a ellas subordinadas, quebrando, en su consecuencia, en supuestos como los de esta litis, la regla general de que no es dable impugnar por incongruentes las sentencias absolutorias. (Sentencia de 5 de diciembre de 1980; no ha lugar).

15. *Arrendamiento mixto de industria y vivienda. Calificación del contrato*.—Para llegar a la conclusión de que el contrato que vincula a las partes es el de un arrendamiento de industria, de carácter mixto por incluir también vivienda, la sentencia no se basa exclusivamente en la literalidad de los términos del mismo, sino que lo hace con fundamento en un conjunto de elementos de prueba, pues el objeto arrendaticio no era sólo un local en el que el arrendatario pudiera establecer un negocio, sino un conjunto de elementos coordinados y aptos para desarrollar inmediatamente la industria de bar-sidrería, como lo denotaban la preexistencia del negocio arrendado, la entrega de elementos materiales suficientes para su desenvolvimiento, su explotación anterior por el propietario cedente y la vida propia de la unidad patrimonial, por lo que resulta ineficaz descomponer esa conjunta apreciación para interpretar aisladamente uno solo de los elementos que la integran.

Interpretación del contrato por actos coetáneos y posteriores de los contratantes.—Para la calificación del contrato no cabe desconocer un hecho de tan singular importancia como el aquietamiento del ahora recurrente a la sentencia dictada en primera instancia en anterior proceso seguido por los trámites de la L. A. U., en la que, tras de calificar de industria el cuestionado arrendamiento, desestimó la demanda por inadecuación del procedimiento, pues es indudable que esa calificación le era perjudicial al excluir el contrato del ordenamiento especial y proteccionista arrendaticio, y aunque dicha sentencia no produce excepción de cosa juzgada en cuanto al fondo, sí que la produce en cuanto a la calificación contractual que dio lugar a esa inadecuación del procedimiento.

La subrogación mortis causa en el contrato no sirve para calificar el arrendamiento.—La circunstancia de haberse subrogado el demandado recurrente en los derechos arrendaticios que a su padre correspondían como titular arrendaticio, no es suficiente para calificar, por este simple hecho, cuál sea la naturaleza del arrendamiento, pues el que la LAU vigente tenga establecido este derecho de subrogación, con carácter obligatorio para el arrendador, no impide que en arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley puedan aceptarlo y convenirlo los interesados.

Duración de la prórroga tácita.—En el contrato no se estableció plazo alguno de duración de la prórroga, por lo que no cabe indagar cuál hubiera sido la voluntad de las partes sobre tal extremo, ni mucho menos cabe presumirla del mayor o menor tiempo con que la prórroga se ha producido, y hay que atenerse al artículo 1.581 C. c.; según reiterada jurisprudencia, la tácita reconducción requiere la permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada, la aquiescencia del arrendador y que no haya precedido requerimiento de desahucio, siendo su duración no la del contrato originario, sino la establecida en el artículo 1.581. (Sentencia de 30 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Se trata de un contrato de arrendamiento de larga duración, pues se instrumentó en escritura pública de 4 enero 1929 con validez hasta el 31 diciembre 1972, y que se ha prorrogado tácitamente hasta el momento actual. La defensa principal de la parte demandada era que la duración de cada prórroga era la misma que la del contrato originario, si bien la cuestión fundamental era la de la calificación del contrato, para lo cual se hace un minucioso análisis de sus elementos y de las vicisitudes ocurridas a lo largo de su duración. No resulta convincente el argumento de la cosa juzgada producida por una sentencia desestimatoria de la demanda por inadecuación del procedimiento, aunque se fundamente aquélla en la argumentación jurídica y subsiguiente calificación del contrato. ¿No hubiera sido más correcto calificar la conducta del recurrente de actos propios que le vinculan para el futuro? En todo caso el resultado final hubiera sido idéntico.

G. G. C.

16. *Arrendamiento rústico. Improcedencia de la resolución por expiración de prórroga legal. Novación por destacado incremento de la renta.*—Reiterada doctrina jurisprudencial viene reputando existente la voluntad novatoria de las partes en el contrato de arrendamiento rústico y, por consiguiente, la sustitución del mismo sin necesidad de que conste expresamente su novación, cuando se altera o varía la esencia del contrato, y así la modificación sensible de la renta y alteración de la superficie de la finca arrendada e incluso la notoria modificación de una sola de estas circunstancias cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo, como sucede en este caso en que, a partir de 1975, se produce un destacado incremento de la renta que pasa de 54.000 pesetas iniciales a 144.000 pesetas para los dos años siguientes, teniendo en cuenta que dicho aumento coincide con la extinción del contrato originario por expiración de la prórroga legal. (Sentencia de 10 de marzo de 1982; no ha lugar.)

17. *Defectos en la interposición del recurso.*—Se pretende con el motivo sustituir las denotadas afirmaciones fácticas, sin combatirlas por la única vía adecuada al efecto, que es la del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por las que, según el particular criterio del recurrente, afloran del contenido del documento de 6 de noviembre de 1973 circunstanciado en dicho antecedente, y ello sin tener en cuenta que para la prevalencia de esta prueba documental sobre aquellas afirmaciones fácticas se requería fueran destruidas acusando, con fundamento en el meritado documento, error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, a lo que es de añadir que si el problema de interpretación hubiera sido planteado adecuadamente en el presente recurso, todavía sería patente la corrección de la sentencia recurrida al apreciar el contenido y alcance de las obligaciones estipuladas en el contrato básico.

Ejercicio de la acción «ex contractu».—La acción ejercitada por la entidad actora es la «ex contractu» derivada del incumplimiento por el constructor del buque demandado y aquí recurrente de las obligaciones que le incumbían con arreglo a lo estipulado, incumplimiento que permanece incólume por no haberse combatido por la vía adecuada, razones por las cuales la aludida sentencia, al par que aplicó debidamente los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil en lo referente a los efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales y definición de la culpa del deudor que hace exigible el resarcimiento de los daños y perjuicios de tal incumplimiento derivados, hizo igualmente recta aplicación del artículo 1.964, al estimar que a la acción personal ejercitada le era aplicable el plazo de prescripción de quince años a que el últimamente referido precepto legal se contrae, lo que impone, en su consecuencia, la desestimación del motivo.

Compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento.—Como en los casos contemplados por las sentencias de esta Sala de 23 de junio de 1965, 28 de noviembre de 1970, 28 de enero de 1980, 12 y 20 de febrero y 14 de marzo de 1981, las acciones aquí ejercitadas no se dirigen a obtener reparaciones provenientes de vicios ocultos en la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, acción distinta y compatible con las acciones redhibitoria y estimatoria o «*quanti minoris*» reguladas en los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, sin que, de otra parte, las acciones deducidas tengan adecuado encaje en aquellas otras a que se contrae la preceptiva contenida en el número 1.º del artículo 952 del Código de comercio, al referirse éstas, precisamente, al supuesto de las reclamaciones que puedan entablar los que prestan los servicios, obras, provisiones y suministros de efectos o dinero para construir, reparar, pertrechar o avituallar los buques o mantener la tripulación, pero no así a las que puedan incumbir en orden al correcto cumplimiento de tales prestaciones a los que, según las respectivas convenciones, sean acreedores de las mismas. (Sentencia de 18 de febrero de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—Se convino entre el constructor y la sociedad actora un contrato de construcción de un buque. Puesto el buque en navegación, se observaron graves defectos de construcción. Por este motivo la sociedad actora demandó el resarcimiento de todos los daños y perjuicios sufridos.

En Primera Instancia es desestimada la demanda, al entenderse acertada la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia Territorial revoca la sentencia recurrida. No prospera el recurso de casación interpuesto por el constructor.

NOTA.—A fin de evitar cualquier equívoco, debemos señalar que se celebró un contrato de construcción de buque. No estamos ante un supuesto de venta de buque en construcción, lo cual no deja de tener importancia respecto al problema del posible ejercicio de las acciones edilicias, cuya aplicación invoca el recurrente.

Aunque el recurrente (el constructor) pretende que se aplique la normativa del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, no prospera su alegación, pero no porque el Tribunal Supremo niegue categóricamente la posible aplicación de tal normativa, lo cual podría haber afirmado perfectamente, considerando que la misma es ajena al contrato de construcción de buque, como ha demostrado convincentemente MENÉNDEZ (*Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pp. 327-328, especialmente), sino porque, en cualquier caso, es decir, aunque fuesen aplicables los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, hay que afirmar la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, de acuerdo con la doctrina constante del Tribunal Supremo.

A. C. S.

18. *Aplicación de las normas generales de responsabilidad contractual.*—Reconocida la existencia de los contratos de compraventa, los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil son aplicables a los hechos denunciados.

Responsabilidad del promotor-vendedor. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil.—Aún cuando la parte actora, según la doctrina sentada por esta Sala, está legitimada para ejercitar directamente la acción para exigir las responsabilidades derivadas del artículo 1.591, ello no le priva en forma alguna de ejercitar las otras derivadas de su contrato de compraventa, sin que haya necesariamente que estimarse que la primera es preferente a esta última, por lo que ha de ser igualmente desestimado el cuarto motivo en que se denuncia la violación del párrafo primero del artículo 1.591.

Enriquecimiento sin causa.—Que teniendo el recurrente la facultad de exigir, en el procedimiento correspondiente, las responsabilidades derivadas de los contratos celebrados con los condenados subsidiariamente, es evidente que no se dan las condiciones necesarias para la existencia de un enriquecimiento injusto. (Sentencia de 8 de febrero de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—El Presidente de una Comunidad de Propietarios demandó al promotor por presentar graves defectos de construcción los pisos vendidos..

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando al promotor a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia tiene interés por diversas razones que vamos a examinar separadamente:

A) Se señala, en primer lugar, la aplicación de los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil, lo cual significa que, de acuerdo con una doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, se afirma la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, que, en el supuesto que examinamos, es decir, el de la responsabilidad del promotor que es vendedor y además fabricante, no puede ser más acertado y equitativo, como hemos reflejado en la anotación a la Sentencia de 25 de enero de 1982, en este fascículo del ANUARIO.

B) Se afirma también que la Comunidad de Propietarios puede, si lo prefiere, ejercitar la acción de responsabilidad decenal, que disciplina el artículo 1.591 del Código civil. Existe igualmente compatibilidad entre esta acción y las acciones edilicias. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no establece argumentos para justificar esta conclusión. A nuestro juicio parece claro que éstos han de encontrarse en la dirección jurisprudencial que de forma constante afirma que el promotor tiene la condición de vendedor y contratista, según hemos evidenciado en la anotación a la Sentencia de 25 de enero de 1982, en este fascículo del ANUARIO. En la Sentencia que anotamos, a diferencia de la que acabamos de citar, no se determina si la venta de los pisos tuvo lugar en fase de construcción o una vez concluida su construcción, lo cual, como hemos señalado en el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 58 y 215 ss.), es fundamental a la hora de considerar aplicable el artículo 1.591 del Código civil.

C) La Sentencia que anotamos precisa que no existe preferencia entre las diversas acciones que puede ejercitar la Comunidad de Propietarios en el supuesto contemplado. Esta solución es perfectamente coherente si se tiene en cuenta la diferente naturaleza de las acciones generales de incumplimiento y las edilicias, ya que son diferentes sus presupuestos de aplicación. Como señala MORALES MORENO (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1981, III, pp. 681-682), las acciones edilicias significan una atribución objetiva de riesgo al vendedor, de alcance limitado, que no se justifica en las reglas generales de la responsabilidad contractual. La acción de responsabilidad decenal, pensamos nosotros, es claramente autónoma respecto a las anteriores al presuponer necesariamente la existencia de un contrato de obra.

D) Muy llamativa resulta la afirmación de que el promotor-vendedor responde directamente frente a la Comunidad de Propietarios, y los profesionales que el mismo contrató para la ejecución de la obra de forma subsidiaria. Esta afirmación es una novedad en el marco de la promoción inmobiliaria, pues en nuestra jurisprudencia, hasta la publicación de la sentencia que anotamos, se habían mantenido tres tesis: 1.ª La responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los profesionales que éste ha contratado para la construcción del inmueble (Sentencia de 21 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). 2.ª La responsabilidad exclusiva de los profesionales que contrató el promotor-vendedor, subrogándose los compradores en la posición jurídica de éste a fin de dirigirse directamente contra aquéllos (Sentencias de 1 de abril de 1977, que anotamos en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.; 20 de febrero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104). 3.ª La respon-

sabilidad exclusiva del promotor-vendedor, como acaece en las Sentencias de 3 de octubre de 1979, que comentamos en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.; 28 de enero de 1980, que anotamos en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 998-999; 25 de enero de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

Ahora aparece una nueva configuración de las responsabilidades por defectos de construcción en los pisos vendidos, representada, como hemos dicho, por la Sentencia que anotamos. El promotor-vendedor es responsable directo y los profesionales que contrató lo son de manera subsidiaria. Si el promotor-vendedor resarce a los compradores que integran la Comunidad de Propietarios, tiene una acción de regreso frente a los citados profesionales, evitándose así, dice el Tribunal Supremo, la existencia de un enriquecimiento injusto de éstos.

A nuestro juicio, si se puede exigir responsabilidades tanto al promotor-vendedor como a los profesionales que éste contrató, que es el presupuesto lógico del que parte la Sentencia que anotamos, al decir que el promotor-vendedor responde directamente y los citados profesionales de manera subsidiaria, parece más defendible el régimen de la responsabilidad solidaria propugnado por la Sentencia de 21 de abril de 1981, que facilita una protección más efectiva y rápida a los compradores, partiendo de la base de que no sea posible la individualización de los comportamientos y el hecho dañoso provenga de la acción conjunta de los que han intervenido en la obra, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que nos referimos en el comentario a la Sentencia de 9 de octubre de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261).

A. C. S.

19. *Incongruencia*.—Es constante doctrina de esta Sala que la incongruencia hay que entenderla referida puesta en relación entre las súplicas de los escritos rectores del proceso con el fallo o parte dispositiva de la Sentencia de que se trate, y no con los razonamientos de ésta.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Concepto de ruina.—Según tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponentes las Sentencias de 20 de noviembre de 1959, 7 de junio de 1966, 14 de marzo de 1973, 10 de diciembre de 1976 y 6 y 16 de diciembre de 1977, la expresión «ruina» del artículo 1.591 del Código civil, según ya viene puesto de manifiesto en el presente considerando, no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar el inmediato derrumbamiento y destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma como impropia e inútil para la finalidad a que se destina.

Supuesto de hecho de la Sentencia recurrida.—Es vinculante en casación al no haber sido impugnado por el mencionado recurrente por el cauce o vía del número 7.º del artículo 1.692 de la referida Ley de Trámites Civil. (Sentencia de 11 de enero de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Un contratista construyó un edificio, en el que comenzaron a producirse fisuras y filtraciones. Por este motivo, estimando la demanda del comitente, el Juez de Primera Instancia condenó al contratista a realizar

las obras de derribo y reconstrucción necesarias. Este fallo fue confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta Sentencia es concorde con el criterio mantenido de forma constante por nuestro Tribunal Supremo sobre el significado del término «ruina», que aparece en el artículo 1.591 del Código civil, y que es el presupuesto del ejercicio de la acción de responsabilidad decenal en el marco del contrato de obra. Importa llamar la atención sobre que se incluyen los supuestos de la ruina parcial y los graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma como impropia e inútil para la finalidad que se destina. Parece, sin embargo, que la afirmación de nuestro Tribunal Supremo no ha de entenderse como equivalente a peligro de derrumbamiento del inmueble. Más bien nuestro Tribunal Supremo se está refiriendo a la denominada «ruina funcional», es decir, a la inutilidad de la obra construida para su destino. De esta manera se supera la condición relativa a la solidez de la obra, ampliándose notablemente el ámbito de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Nosotros pensamos que la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo es plenamente acertada, y puede ser justificada con argumentos de diversa índole, como los antecedentes históricos, siendo muy elocuente en este sentido la Ley 21, título 32, de la Partida 3.ª; teológicos, ya que no hay razón para predicar una distinta solución según que el inmueble se derrumbe o sea inútil para el fin a que se destina, desde el ámbito de la responsabilidad contractual, de suerte que el comitente está legitimado para pedir que, a costa del constructor, sea derribado y reconstruido, y la interpretación conjunta de los artículos 1.591, 1.907 y 1.909 del Código civil. Si los artículos 1.591 y 1.909 están en indudable conexión, como evidencian claramente los artículos 1.903 y 1.532 del Proyecto de 1951 y el comentario de GARCÍA GOYENA, y es indudable la conexión entre los artículos 1.909 y 1.907, refiriéndose este último a la ruina de todo o parte del edificio, no parece aventurado concluir que el término ruina que aparece en el artículo 1.591 ha de entenderse con la amplitud con que aparece en el artículo 1.907.

A las sentencias citadas en la sentencia que anotamos hay que agregar algunas otras que también justifican la aplicación del artículo 1591 en supuestos de vicios graves en el inmueble construido, que hemos anotado en este ANUARIO, como la sentencia de 21 de abril de 1981 (1981, IV, pp. 1099-1100). También debemos destacar que, con cierta frecuencia, el Tribunal Supremo aplica el artículo 1.591 en supuestos en que el edificio construido presenta graves defectos de construcción, que no determinan el derrumbamiento del mismo, sin que se aluda para nada al problema que estamos examinando. En este sentido, las sentencias de 1 de abril de 1977, que hemos anotado en este ANUARIO (1978, III, pp. 670 ss), 25 de enero de 1982 y 8 de febrero de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

Por último, nuestro Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de 27 de febrero de 1975, anotada por CADARSO en este ANUARIO (1976, I, pp. 249-252), que no es aplicable el artículo 1.591 al caso de daños que no fueron producidos en el edificio, sino en elementos muebles ajenos al mismo, los que no forman parte del concepto estructural de la construcción, ya que el artículo citado hace referencia a un edificio cuya ruina se debiera a vicios de la construcción. En el caso planteado se trataba de un aljibe de agua defectuosamente construido para atender a las necesidades del edificio. Sobre el juicio crítico que merece esta sentencia, nos remitimos a la referida anotación de CADARSO, en la que hace atinadas observaciones. Téngase también en cuenta la exposición de este autor sobre el significado de la ruina, en su conocida monografía *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 123 ss.

A. C. S.

20. *Interpretación del contrato por el Tribunal de instancia.*—Debe ser respetada en casación, salvo que se evidencie el resultado ilógico de la interpretación efectuada (Sentencia de 11 de diciembre de 1970, entre otras muchas).

Actividad interpretativa.—Debe, primordialmente, investigar la intención de los contratantes, que resulte de los actos coetáneos y posteriores al momento del pacto.

Cuestión de hecho y de derecho.—Según dice la sentencia de 21 de marzo de 1969, aunque es principio muy reiterado de este Tribunal, recogido de una manera muy especial en la sentencia de 9 de marzo de 1960, que surgida contienda en torno al artículo 1.124 del Código civil sobre quién de los contratantes sea el incumplidor, la resolución del Tribunal «a quo» sólo puede combatirse por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este criterio no se ha impuesto de una manera absoluta, pues en la sentencia de 9 de junio de 1950 se suaviza y se sienta el de que, si bien la determinación de cual de los contratantes es el que primeramente ha infringido el contrato puede ser una «questio facti», cuando ello depende sólo de que se hayan realizado u omitido determinados actos, puede también constituir una «questio iuris», cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de dichos actos.

Resolución del contrato.—Resulta obvio que, como acertadamente razona la resolución recurrida, el impago de la obra comporta un auténtico y real incumplimiento del contrato, que, de acuerdo con el precepto del artículo 1.124 del Código civil y de una reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, inhabilita a quien lo provocó para solicitar de la contraparte la resolución contractual, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Cuestión nueva.—No es susceptible de ser examinada en casación.

Acción de daños y perjuicios por incumplimiento.—Esta acción no puede ejercitarse por la parte que infringió su obligación y si se parte de la base de que el recurrente incumplió el contrato que le unía con la otra parte, es obvio que tal incumplimiento le impedirá, también, ejercitar con éxito la acción indemnizatoria con base en los artículos 1.101 y 1.103 del Código civil. (Sentencia de 19 de abril de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato para la realización de determinadas obras de excavación. Como consecuencia de la falta de pago, el contratista demandó al comitente. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Territorial acogió parcialmente el recurso, aumentando la cantidad que debe pagar el contratista al comitente. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es indudable la corrección de la sentencia que anotamos. En el caso planteado en la sentencia es lógico que si el comitente no quiere pagar el precio debido al contratista, a pesar de que el contratista ha ejecutado correctamente su prestación, no está legitimado para resolver el contrato de obra. Con razón se dice en nuestra doctrina que la acción resolutoria sólo compete al perjudicado, que ha cumplido aquello que le incumbía, y que sufre el incumplimiento de la obligación de la parte contraria. No tiene derecho a pedir la resolución el contratante que ha incumplido sus obligaciones. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que está legitimado para demandar la resolución quien ha incumplido su obligación cuando dicho incumplimiento se ha producido como consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 862). Entre las sentencias más recientes que siguen esta línea han de citarse las siguientes: 6 de julio de 1978, que anotamos en este ANUARIO (1979, IV, p. 938), 26 de octubre de 1978, anotada en este ANUARIO (1979, IV, pp. 947-948), 6 de febrero de 1979, anotada en este ANUARIO (1979, IV, p. 939), 4 de abril de 1979, que anotamos en este ANUARIO (1979, IV, pp. 930-931), 11 de junio de 1979, anotada en este ANUARIO por PERE RALUY (1980, I, p. 233), 2 de enero de 1980, anotada en este ANUARIO (1980, III, p. 788), 11 de mayo de 1979, anotada en este ANUARIO por CADARSO (1981, III, pp. 886-888) y 5 de junio de 1979, anotada en este ANUARIO por CADARSO (1981, III, pp. 888-889).

21. *Presupuestos de aplicación del artículo 1.598 del Código civil.*—Dicho precepto legal y la doctrina jurisprudencial aludida parten del indeclinable aspecto de que hubiese convención, bien explícita o ya en modalidad implícita, de que al tiempo de la entrega de la obra realizada no hubiese habido conformidad entre el propietario y el realizador de aquélla, como se deduce de la clara expresión «a falta de conformidad» que el citado artículo 1.598 contiene, de tal manera que cuando esa disconformidad manifestada al tiempo de la entrega no se hubiese producido, como ha sucedido en cuanto a la obra cuestionada, no puede darse aplicación a la normativa que el indicado precepto legal y jurisprudencia interpretativa del mismo establecen, toda vez que la aceptación a recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella indudablemente significa que la reconoce practicada a satisfacción, y sin posibilidad en consecuencia de ampararse posteriormente, como ahora se pretende, en lo establecido en el tan aludido artículo 1.598 del Código civil, ni por tanto en acudir al juicio pericial a que ese precepto alude, porque lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de aceptado sin manifestación de disconformidad por el propietario, que reservó su aprobación a satisfacción, y más si se tiene en cuenta que el criterio lógico impone que la no conformidad generante del remedio de acudir al juicio pericial correspondiente debe ser con remisión al tiempo de entrega, y no al posterior en que el pago es reclamado, dado que de no entenderlo así conduciría al absurdo de supeditar aquel juicio pericial a una fase en que el perito no tendría datos eficientes para emitir su opinión al respecto, pues que la entrega de la obra realizada y el transcurso del tiempo posibilitaría que no pudiera conocerse con exactitud como se encontraba tal obra cuando su entrega fue ofrecida al propietario.

Error de derecho en la apreciación de las pruebas.—Ni el artículo 1.598,

en su primer párrafo, del Código civil, ni el artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen normas de apreciación probatoria preestablecidas, es decir, de rigor en su apreciación, sino simplemente el primero de los referidos preceptos legales el sometimiento al juicio pericial cuando se de el supuesto que contempla, y el segundo el alcance en la apreciación del Juez del dictamen pericial cuando fuese de aplicación, y que ya viene expresado no lo es la situación producida, además de que, en todo caso, la apreciación de tal medio de prueba no es del alcance pretendido por el recurrente de prueba preestablecida, al venir conformada a las reglas de la sana crítica, sin obligación de sujeción por el órgano jurisdiccional a lo que el dictamen pericial aprecie. (Sentencia de 21 de diciembre de 1981; no ha lugar).

HECHOS.—De acuerdo con el contrato celebrado, la actora procedió a la reparación de una máquina. Efectuada la reparación y admitida la máquina por el demandado sin reparo alguno, la actora lo entregó la factura correspondiente a dicha reparación, librando el demandado una letra de cambio, que no fue satisfecha a su vencimiento.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogen la demanda sobre reclamación de cantidad. En el primer motivo del recurso de casación se alega violación, por inaplicación del artículo 1.598 del Código civil, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia tiene un notable interés para la interpretación del artículo 1.598 del Código civil, que se refiere al problema de la aprobación de la obra construida, y que, como hemos señalado siguiendo a Díez-PICAZO (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 93 ss.), en dicho artículo se contemplan supuestos en que un tercero actúa como arbitrador a la hora de aprobar o no la obra construida (Cfr. *La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, III, pp. 296 ss.).

A nuestro juicio, la doctrina de la sentencia que anotamos se acomoda perfectamente a la finalidad del artículo 1.598 del Código civil. Evidentemente, para que se tenga que acudir al juicio pericial, se requiere que no haya existido conformidad del comitente respecto a la obra construida por el contratista al tiempo de la entrega. Parece lógico entender, como hace el Tribunal Supremo, que la disconformidad del comitente tiene que manifestarse al tiempo de la entrega de la obra construida, puesto que si le parece bien al comitente y la recibe, ha existido conformidad y por tanto ya no tiene sentido invocar la aplicación del referido precepto, toda vez que el mismo exige falta de conformidad, lo cual ya no puede darse si el comitente aprueba la obra entregada, de forma expresa o tácita, y la recibe. Ahora bien, conviene dejar claro que la circunstancia de que no quepa acudir al juicio pericial supletorio no va a significar, en modo alguno, la desprotección del comitente cuando, una vez recibida la obra, descubre que es defectuosa (vicios ocultos). No podrá acudir al juicio pericial para que se evidencie el carácter defectuoso de la obra recibida, pero podrá perfectamente ejercitar las acciones generales de incumplimiento, como hemos señalado en el citado estudio sobre la recepción de la obra y en nuestro comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302 ss; 1980, I, pp. 204 ss.). También hemos de señalar que en la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo reconoce como supuesto de recepción tácita el recibo de la obra construida sin protesta al tiempo de su

entrega. En nuestro mencionado estudio sobre la recepción de la obra citamos a las sentencias de 26 de noviembre de 1956, 17 de diciembre de 1964 y 25 de noviembre de 1966, que siguen esta línea. A. C. S.

22. *Aumento del presupuesto de la obra. Autorización del propietario comitente.*—El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada por ajuste alzado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código civil, particular aspecto del más amplio que proclama la fuerza vinculante de lo pactado (art. 1.258), carecerá de aplicación, como aquel precepto determina, en la hipótesis de que se introduzcan variaciones mediante trabajos adicionales, con alcance novatorio, simplemente modificativo, en la mayoría de los casos (sentencia de 2 de marzo de 1973), en forma de cambios en la ejecución, alternando el plano primitivo y produciendo «aumento de obra», según expresa la norma legal, bien por incremento de volumen de la construida, ora por un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, pero siempre que concurre el requisito necesario de la autorización del dueño comitente para tales innovaciones en la prestación del contratista, elemento respecto del cual dicho artículo 1.593 no exige, a diferencia del 1.534 del Proyecto de 1851 y de algún ordenamiento foráneo (art. 1.793 del Código civil francés), su constancia en forma determinada, y en tal sentido la doctrina de esta Sala, reiterada por la sentencia de 26 de diciembre de 1979, ha declarado que no es preciso que la anuencia del dueño de la obra tenga manifestación documental y en consecuencia no prescribiendo nada en contrario el precepto de que se trata es eficaz la autorización verbal e incluso la tácita, sin olvidar que el problema de si las obras en que se sustenta el pretendido aumento del precio estaban o no autorizadas, constituye o envuelve a la hora del recurso de casación un tema de índole fáctica, de suerte que las conclusiones obtenidas por el Tribunal de Instancia sólo podrán ser de ordinario eficazmente combatidas por el cauce legalmente arbitrado al efecto, es decir, el proporcionado por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal.

Autorización del propietario comitente. Acto concluyente.—No puede conceptuarse como arbitraria o ilógica la operación razonadora que deduce la conformidad del dueño de la obra a la realización de las mejoras de este significativo hecho de pagar sin otra justificación unas trescientas cincuenta mil pesetas más sobre la cantidad presupuestada de principio. (Sentencia de 31 de marzo de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la realización de un edificio de cinco plantas. El presupuesto inicial se fijó en una cifra que sobrepasaba los tres millones de pesetas, pero fue ampliado por el constructor. El propietario comitente le entregó a cuenta más de cuatro millones de pesetas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda del contratista, en la que reclamaba el pago del coste definitivo de las obras. La Audiencia Territorial revocó este fallo, acogiendo la pretensión del contratista. No prosperó el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es conforme con la doctrina constante de nuestra jurisprudencia sobre el problema del aumento del costo de la obra, a que se refiere el artículo 1.593 del Código civil. Con buen criterio, nuestro Tribunal Supremo señala que la autorización del propietario a que se refiere el citado precepto puede ser expresa o tácita. Nuestro Tribunal Supremo pone de relieve que el citado artículo no exige que la autorización del propietario conste por escrito, apartándose de lo que afirmaba el artículo 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés. Nos remitimos a nuestra anotación a la sentencia de 31 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 896-898), donde adoptamos un punto de vista similar al que sigue el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, poniendo también de relieve las diferencias que se aprecian entre el artículo 1.593 del Código civil y los artículos 1.534 del Proyecto de 1.851 y 1.739 del Código civil francés. Téngase también en cuenta a las sentencias de 26 de diciembre de 1979 y 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este ANUARIO (1980, IV, pp. 1100-1101 y 1981, III, p. 898), y que adoptan la misma solución que la de la sentencia que anotamos.

A. C. S.

23. *Documento auténtico.*—Este motivo debe claudicar, pues, aparte su falta de claridad, aparece que el documento señalado como auténtico para el efecto de demostrar el error evidente del juzgador, ya éste lo tomó en adecuada consideración, al igual que los complementarios (memoria descriptiva y presupuesto), y por su valoración junto con los demás aportados y con las otras pruebas, estableció las conclusiones fácticas a que se hará seguida referencia, no coincidentes con las pretendidas.

Desestimamiento del dueño de la obra.—Que la facultad de desistir que al dueño de la obra le concede el artículo 1.594 del Código civil ha sido diversamente interpretada en cuanto a su naturaleza, entendiéndose como una excepción frente a lo dispuesto genéricamente en el artículo 1.256 y sujeta por lo mismo a una aplicación restrictiva o ya, contrariamente, como emanada de la propia índole del contrato de empresa y sin carácter excepcional alguno, o como representativa simplemente de una renuncia a la prestación del contratista, o constitutiva de una situación de mora del dueño de la obra que rehúsa la prestación del contratista y cuyos efectos derivan de los principios generales de la mora en aceptar; existiendo empero cierta unanimidad en la determinación de sus efectos presidida por la idea de la indemnidad del contratista, o lo que es igual del respecto de la ganancia neta de éste, si la hubiese, o de la menor pérdida, subordinándose su ejercicio al reembolso al empresario de cuantos gastos haya efectuado a los que ha de agregarse una suma pertinente a las ganancias que hubiere obtenido con la terminación de la obra, debiendo puntualizarse en torno a los conceptos de la indemnización debida al mismo que por «gastos» y «trabajos» han de entenderse los originados y realizados, respectivamente, en la parte de obra ejecutada, así jornales, honorarios y materiales invertidos e incorporados, efectuándose la liquidación, si la ejecución fue bajo un precio alzado, valorando la parte hecha en función del precio total, y si es por administración, según el importe que se acredite de dicha parte de obra ejecutada.

Aplicación del artículo 1.594 del Código civil. El concepto de «utilidad».— Debe incluirse en la indemnización todas las utilidades que hubieran podido obtenerse en la obra en su totalidad y no tan sólo en la parte de la misma ya ejecutada al tiempo del desestimiento. La indemnización ha de comprender la «utilidad» total, siendo referible este concepto a toda la que el contratista hubiere podido reportar de la conclusión de la obra y de ahí que la base la haya de suministrar el valor de la obra ejecutada con la adición del pertinente al de la restante obra desistida. (Sentencia de 15 de diciembre de 1981; ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra, por cuya virtud el contratista se comprometió a construir un grupo de edificios con determinadas instalaciones. El comitente desistió unilateralmente a la continuación y terminación de las obras. Por ello, el contratista le demandó, solicitando el pago de una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó al comitente al pago de más de ocho millones de pesetas. La Audiencia Territorial rebajó el importe de esta cantidad. Contra este fallo recurrieron ambos litigantes.

NOTA.—El artículo 1.594 del Código civil establece diversos criterios para establecer la indemnización debida al contratista en caso de desestimiento unilateral del comitente, que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, contempla y explica su significado. Entiende que por «gastos» y «trabajos» han de entenderse los originados y realizados en la parte de obra ejecutada, y que la «utilidad» está constituida por toda la ganancia que el contratista hubiera podido obtener de la conclusión total de la obra.

A nuestro juicio, nuestro Tribunal Supremo interpreta el artículo 1.594 de la manera más conveniente para que se consiga la plena indemnidad del contratista, que ha de ser resarcido plenamente de los gastos y trabajos que ha efectuado hasta el momento en que tiene lugar el desestimiento del comitente y además éste ha de recibir una indemnización equivalente a la ganancia que obtendría por su trabajo si se hubiere concluido la obra. La interpretación propuesta por el Tribunal Supremo se acomoda perfectamente a la *ratio* del citado artículo, que se advierte con claridad en su expresivo texto: la indemnidad del contratista. Además, la interpretación del Tribunal Supremo viene confirmada por los antecedentes históricos del artículo 1.594 del Código civil, cuya exposición conviene realizar para mostrar el auténtico sentido del mismo. Este artículo tiene su antecedente más próximo en el artículo 1.533 del Proyecto de 1851, cuyo fundamento es señalado por GARCÍA GOYENA al decir que «ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podría obtener después de concluida la obra» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 486). Este precepto del Proyecto de 1851 es idéntico al del artículo 1.594 del Código civil y muy similar al del artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, en el que, sin lugar a dudas, se inspiraron nuestros codificadores. A su vez, la fuente de este precepto se encuentra en el *droit coutumier* francés, y básicamente en la doctrina de POTHIER (*Traité du contrat du louage*, París, 1861, núms. 440 y siguientes. Edición preparada por BUGNER), que con amplitud expone todas las razones que justifican la facultad de desestimiento del comitente o dueño de la obra y cómo ha de ser indemnizado el contratista. Además de POTHIER otros autores se refieren al problema, destacando BOURJON (*Le droit commun de*

la France et de la coutume de Paris réduits en principes, tomo 2.º, París, 1747, p. 372). Señala BOURJON que se practica en el Châtelet la regla de la indemnización del contratista en caso de desestimiento del dueño de la obra, siendo prudente e inevitable. La incidencia de la doctrina de POTHIER y, en general, de los comentaristas de las costumbres, es indudable en los redactores del *Código de Napoleón*. Así lo destaca MIRON DE L'ESPINAY (*Des entreprises sur devis et marchés en Droit français, these pour le doctorat*, París, 1873, p. 134), que basándose en FENET, señala que la Corte de París insistió para que se tuviera en cuenta la opinión de POTHIER a la hora de la redacción del artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, de tenor casi idéntico al del artículo 1.594 de nuestro Código civil.

Parece oportuno subrayar que las opiniones de García Goyena, Pothier, Bourgon y otros autores que podríamos citar, están en la línea de la sentencia que anotamos, lo cual corrobora su acierto. También es un dato significativo que la diferencia más llamativa que se observa entre el artículo 1.594 del Código civil y el artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, estriba en que en el primero aparece la expresión «utilidad que pudiera obtener en ella», mientras que en el segundo se señala «et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise», lo cual indica muy bien el sentido que se ha querido dar al término «utilidad» y por tanto el acierto de la sentencia que anotamos.

En el terreno jurisprudencial la sentencia que anotamos es concorde con la de 10 de marzo de 1979, que anotamos en este ANUARIO (1979), IV, pp. 948-949). En cambio, la misma no es coincidente con la de 22 de junio de 1911, en la que se afirma que el artículo 1.594 sólo es aplicable tratándose de la construcción de un edificio u obra por ajuste alzado y ello por su tenor literal y por la relación que guarda con el precedente inmediatamente..., ya que por tener una excepción al derecho común no cabe darle otro alcance que el que consienta el tenor literal del texto. En la sentencia que anotamos, con buen criterio, se afirma la aplicación del citado artículo tanto en las obras por ajuste alzado como por administración. Nos parece acertada esta solución, porque el artículo 1.594 no pone como condición de aplicación que la obra sea por ajuste alzado, sin que tenga mucho sentido la invocación del artículo 1.593, que contempla un problema totalmente diverso.

Como es lógico, en la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo distingue, en lo concerniente a la liquidación, entre ejecución de la obra por ajuste alzado y ejecución por administración. En ambos supuestos tiene sentido la aplicación del artículo 1.594, pero indudablemente el sistema de fijación del precio ha de tenerse en cuenta al determinarse la indemnización debida por el comitente o dueño de la obra al contratista. A. C. S.

24. Autenticidad a los efectos de casación.—Sabido es, por así declararlo constante doctrina jurisprudencial, que carecen de autenticidad a los efectos de casación los elementos probatorios interpretados y valorados por el juzgador, como lo es la prueba de testigos.

Recurso de casación por infracción de ley.—Se da contra el fallo recurrido y no contra sus considerandos, cuando éstos no son premisa obligada de aquél, pues así se desprende claramente del artículo 1.691, causa primera, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los términos empleados por el artículo 1.692 de la misma, debiendo observarse que cuando el fallo recurrido tiene base suficiente en otros razonamientos jurídicos de la sentencia impugnada que, por sí mismos, justifiquen la parte dispositiva, la casación de la sentencia no puede producirse, puesto que estos razonamientos bastan para llegar a la conclusión del fallo.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil a la promotora-vendedora.— Es indudable que la entidad recurrente reúne la condición de promotor, en el sentido en que la define la sentencia de 11 de octubre de 1974, ya que era la propietaria del solar, constructora y propietaria también de la edificación llevada a efecto en aquél, vendedora de los diversos pisos y locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiaria del complejo negocio jurídico, por lo que en este caso, y a los efectos del citado artículo 1.591, «asume la condición de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste impone dicho precepto, frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida y no queda exonerado de ella por tal enajenación», según declara la mencionada sentencia de 17 de octubre de 1974, ratificando lo que ya declaró de 11 de igual mes y año. (Sentencia de 25 de enero de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Una promotora construyó por sí misma un edificio y posteriormente vendió los locales y viviendas a distintas personas en régimen de propiedad horizontal. Antes de haber transcurrido cinco años de las ventas aparecieron en el edificio graves vicios de construcción, que ocasionaron inundaciones y goteras. Por este motivo, la Comunidad de Propietarios acordó demandar a la promotora, solicitando la subsanación de todos los defectos observados e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo y condenó a la promotora a lo pedido por la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación interpuesto por la promotora.

NOTA.—Estamos ante el supuesto de venta de pisos terminados o «llave en mano» por parte de una promotora. Los pisos vendidos presentan defectos de construcción, que son denunciados por la Comunidad de Propietarios cuando ha transcurrido ya ampliamente el plazo de seis meses que para el ejercicio de las acciones edilicias establece el artículo 1.490 del Código civil. En la sentencia que anotamos nuestro Tribunal Supremo se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que arranca de la sentencia de 11 de octubre de 1974, que configura al promotor como vendedor y contratista y de esta manera justifica la aplicación del artículo 1.591, con independencia de que pisos vendidos se encuentren en fase de construcción o estén terminados. En diversos lugares hemos comentado a la citada doctrina jurisprudencial, que ahora acoge la sentencia que anotamos. Nos remitimos, por tanto a nuestros comentarios a las sentencias de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.), 28 de enero de 1980 (en este ANUARIO, 1980 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). A nuestro juicio, ofrece menos problemas solucionar el problema que presenta la venta de pisos terminados defectuosamente construidos a través de la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, partiendo de la base de que el promotor se ha ocupado de construir los pisos vendidos y la causa de los vicios se encuentra en su impericia o negligencia, lo cual puede servir de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, que acudir a la normativa del contrato de obra, porque falta precisamente la celebración de este contrato; en rigor existe exclusivamete una compraventa.

25. *Legitimación de los subadquirentes de pisos para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.*—Si bien es cierto que la acción fundada en el artículo 1.591 del Código civil, que regula la responsabilidad contractual del arquitecto y del contratista, tan sólo compete a quienes fueron parte en el contrato, es decir, el propietario de la obra y sus causahabientes, también lo es que, de acuerdo con una reciente, pero ya reiterada jurisprudencia, que cristaliza, entre otras, en Sentencias de 25 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979, «los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio jurídico celebrado con el primitivo contratante» y «por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961».

Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.—De acuerdo con la doctrina de esta Sala, «el Presidente de la Comunidad está legitimado para ejercer la acción del artículo 1.591 del Código civil, porque el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal le concede la legal representación de la Comunidad, en aquellos supuestos en que los propietarios acordaron en Junta que el Presidente ejerciera la acción, toda vez que el Presidente es propietario de un piso y como propietario de los elementos comunes y cualquier copropietario puede ejercitar las acciones pertinentes en beneficio de la comunidad (Sentencia de 21 de abril de 1981), es obvio que, acordado en Junta por la Comunidad de Propietarios actora, autorizar a su Presidente para formular la correspondiente demanda judicial contra el constructor y demás responsables de aquellas deficiencias, ha de entenderse que aquél se halla legitimado activamente, por lo que deben decaer los motivos primero y segundo del considerando.

Cuestiones de hecho y de derecho.—De acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala mantenida, entre otras muchas, en Sentencia de 15 de abril de 1974, a efectos de casación en pleitos seguidos sobre culpa extracontractual, es necesario distinguir la cuestión de hecho referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genera y a la realidad de la acción u omisión que se impute al demandado, y el problema de derecho, que partiendo de aquellos elementos fácticos se enfrenta con la calificación jurídica de la acción u omisión y que mientras la primera cuestión, por ser de hecho, sólo puede ser traída a casación por el estrecho cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda pone en juego unas veces la aplicación de normas jurídicas y otras, en que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la comparación de causa a efecto, ha de acudir a las reglas del criterio humano, en cuyos supuestos el número primero del citado artículo ofrece vía apropiada de mayor amplitud que la del número séptimo.

Responsabilidad mancomunada del arquitecto y del constructor.—La división de las obligaciones mancomunadas en partes iguales es no una regla obligatoria impuesta por la ley, sino tal y como aparece del tenor literal del repetido artículo 1.138 del Código civil, una mera presunción de derecho, susceptible de ser desvanecida por la prueba en contrario, y que únicamente operará en aquellos supuestos en los que «del texto de las obligaciones... no resulte otra cosa, sin que, por otra parte, y a mayor abundamiento quepa reputar anómala la postura de la resolución recurrida al distribuir en desigual proporción entre el arquitecto y el constructor demandados la obligación de indemnizar los daños causados a la actora, toda vez que siendo imputables a uno y otro y referidos en un caso al proyecto y en otro a la realización y dirección de las obras, actos en los que medio distinto grado de negligencia por parte de los interesados y que contribuyeron en diferente proporción a la causación de los daños. (Sentencia de 30 de abril de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Un constructor adquirió por compra el derecho de vuelo sobre un inmueble y construyó por sí mismo dos plantas bajo la dirección de un arquitecto. A consecuencia de las deficientes obras de construcción, aparecieron graves defectos en diversas partes del inmueble. Por este motivo la Comunidad de Propietarios demandó al constructor y al arquitecto exigiéndoles la correspondiente indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación del constructor.

NOTA.—A) Esta Sentencia es concorde con la dirección jurisprudencial que arranca de la importante Sentencia de 5 de mayo de 1961, que considera al subadquirente de un piso legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (artículo 1.591 del Código civil), subrogándose en la posición jurídica de quien le ha vendido el piso. En la Sentencia que anotamos se citan las Sentencias de 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979, que hemos comentado ampliamente en este ANUARIO, exponiendo nuestro punto de vista personal sobre el referido problema (cfr. este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.; 1980, I, pp. 194 ss.). A las Sentencias citadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos hay que agregar algunas otras más recientes, como la de 21 de diciembre de 1981, que anotamos en este fascículo del ANUARIO, y la de 20 de febrero de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1102-1104).

B) La legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad decenal es indudable cuando se cumplen las condiciones señaladas por el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que la solución de la sentencia que anotamos parece plenamente correcta. Nos remitimos a nuestro comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979, donde examinamos la cuestión señalada (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 199-202, básicamente). También queremos decir que en la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1981 se viene a decir lo mismo que en la que estamos anotando.

C) Es interesante subrayar que estamos ante una de las pocas Sentencias que en el marco de la responsabilidad decenal acogen el criterio de la mancomunada. En nuestra anotación a la Sentencia de 9 de octubre de 1981

(en este ANUARIO, 1982, I, pp. 260-261) evidenciamos que la inmensa mayoría de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los profesionales de la construcción adoptan el criterio de la solidaridad. Sin embargo, es preciso destacar que en algunas Sentencias, como la de 14 de noviembre de 1978, se pone de relieve que sólo cabe la solidaridad cuando el suceso dañoso (la ruina del edificio) ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de ambos factores ha influido en la ruina, ocasionada por tal conjunción de causas. Tales circunstancias no se dan en la Sentencia que anotamos, pues, según nuestro Tribunal Supremo, existe una clara individualización de las conductas y un diferente grado de negligencia en la causación del daño.

A. C. S.

26. Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.—La deficiencia de cimentación que ha producido los daños en el edificio perjudica a todos los copropietarios dentro de la propiedad horizontal y por tanto el acuerdo de la Junta por mayoría faculta al Presidente de la Comunidad para el ejercicio de la acción que el artículo 1.591 del Código civil establece.

Legitimación de los copropietarios en comunidad para dirigirse contra el arquitecto.—Los copropietarios en comunidad sustituyen al promotor en todos sus derechos y obligaciones. (Sentencia de 21 de diciembre de 1981; ha lugar.)

HECHOS.—En un supuesto de venta de pisos y locales terminados, que presentan vicios causantes de ruina (deficiente cimentación del edificio); el Juez de Primera Instancia absolvió al promotor, al arquitecto y al aparejador, estimando la excepción dilatoria de defecto legal en el momento de proponerse la demanda en representación de la Comunidad de Propietarios. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando solidariamente al promotor y al arquitecto y absolviendo al aparejador. Prospera el recurso de casación del promotor por considerar el Tribunal Supremo que el único responsable es el arquitecto autor del proyecto.

NOTA.—Esta Sentencia tiene un notable interés, porque en ella se exoneró de toda responsabilidad al promotor-vendedor, considerándose como único responsable al arquitecto que realizó el proyecto. Se viene a evidenciar con toda claridad la necesidad de valorar las conductas individuales de todos los que han intervenido en el proceso de construcción del inmueble vendido en régimen de propiedad horizontal, pudiendo acontecer que no se aprecie que el promotor-vendedor ha actuado con culpa o negligencia y sí, en cambio, otros profesionales, como el arquitecto proyectista, tal como sucede en la Sentencia que anotamos. Naturalmente, en la misma no se plantea la cuestión de la responsabilidad del promotor-vendedor de acuerdo con las normas del Código civil sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, pues éstas siempre le afectarán durante el plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490, debido a su carácter objetivo (artículo 1.485). También debemos decir que la solución de la Sentencia que anotamos se entiende perfectamente porque el arquitecto proyectista no tiene normalmente la condición de dependiente del promotor-vendedor.

Como resulta que no existe una relación contractual entre el arquitecto proyectista y los compradores de los pisos, es por lo que nuestro Tribunal

Supremo tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial que admite la subrogación de los compradores en la posición jurídica del promotor-vendedor a fin de que puedan dirigirse directamente frente al arquitecto proyectista por el cauce del artículo 1.591 del Código civil, pues la responsabilidad decenal tiene naturaleza contractual, como ya hemos afirmado en los comentarios a las Sentencias de 1 de abril de 1977 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.) y 20 de febrero de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104). En estas Sentencias también nuestro Tribunal Supremo, a pesar de que en Primera Instancia se consideró procedente la aplicación del artículo 1.591, confirma el fallo de la Audiencia Territorial, que había revocado el del Juez de Primera Instancia, negando la responsabilidad del promotor-vendedor de acuerdo con el citado precepto.

A. C. S.

27. Sociedad civil para explotación de una cafetería. Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Este error sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal desconociendo a determinada prueba la eficacia que la Ley le concede por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida, con necesidad en consecuencia de la cita de la disposición legal que se estima infringida.

Apreciación conjunta de la prueba.—La solución a que llega la Sentencia recurrida, reconociendo que entre recurrente y recurrido se estableció un pacto verbal de sociedad civil, lo hace por apreciación en conjunto de la prueba practicada, que el recurrente trata de destruir mediante apreciaciones y conclusiones derivadas de su particular criterio, que difieren de las del Tribunal «a quo», y de cuyo conjunto probatorio, consistente en documental pública, privada, de confesión y testifical, es sólo un elemento integrante el documento privado invocado y, por tanto, sin posibilidad de ser examinado aisladamente.

Retraso en las aportaciones de un socio.—El hecho de que el recurrido pudiese no estar al corriente en las aportaciones que hubiera de realizar a la sociedad únicamente determinaría la posibilidad de que el otro consocio requiriese a aquél para que lo hiciera, con arreglo a los artículos 1.681 y 1.682 Código civil, pero no para establecer la inexistencia del vínculo social que ya ha nacido, conforme al artículo 1.679 y por el tiempo que señala el artículo 1.680 del propio Código.

Defecto del recurso.—El motivo que acusa la inaplicación del artículo 1.114 Código civil está haciendo supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida no contempla la existencia de obligaciones condicionales ni se deduce siquiera esto del propio documento privado en que tanto se apoya el recurrente.

Reparto de pérdidas y ganancias.—La Sala, en contra de lo denunciado, ha aplicado perfectamente el artículo 1.689 Código civil porque, a falta de pacto respecto de pérdidas y ganancias, y concretamente de las respectivas aportaciones de los socios, hay que estimarlo equivalente y con participación igual entre ambos socios.

Nacimiento de la sociedad civil.—No ha habido aplicación indebida del artículo 1.665 Código civil, ya que en da obsta a la existencia de la sociedad el repetido documento privado en el que se hace mención a la posterior formalización de escritura legal de sociedad, desde el momento en que precisamente esa expresión de «formalización de escritura» está claramente pregonando la designación de un mero trámite complementario formal en relación con la sociedad ya convenida y existente entre las partes, conforme al artículo 1.679 del Código. (Sentencia de 2 de junio de 1981; no ha lugar.)

28. *Culpa extracontractual. Muerte al dispararse escopeta abandonada. Concurrencia de culpas.*—En cuanto a la calificación de una conducta como culposa, no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta *sub judice* se proyecta y determinar así si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, y siendo así han de calificarse de culposas tanto la conducta del demandado como la de la víctima, la del primero, porque no es suficiente para eliminar la negligencia civilmente sancionable dejar una escopeta apoyada en una retama en lugar solitario y alejado, cuando en las proximidades se encuentra una persona de dieciséis años que, aunque cuidaba de un rebaño que era a la sazón su ocupación momentánea, sintió la curiosidad de ir donde el arma estaba, sabiendo que se hallaba cargada, manipulándola con notoria imprudencia, circunstancias que conocía el cazador, para el que ciertamente era bien previsible y evitable el riesgo que creó dejando el arma cargada en lugar conocido por quien después fue a buscarla y originando el desgraciado accidente que cabe, por tanto, imputar no sólo a la impericia y negligencia de un joven de dieciséis años, sino al irreflexivo proceder del cazador.

Inexistencia de caso fortuito.—La Sala apreció indebidamente la existencia de caso fortuito, ya que el suceso al resultado previsible y evitable no cabe encuadrarlo en el ámbito del artículo 1.105 C. c., siendo de admitir la responsabilidad del cazador demandado con el alcance que señalan los artículos 35 núm. 1.º de la Ley de Caza de 4 abril 1970, en relación con el número 1.º del artículo 9.º del Reglamento provisional del Seguro obligatorio de responsabilidad civil, aprobado por Orden de 20 de julio de 1971, por no darse las circunstancias de culpa exclusiva de la víctima o de fuerza mayor que tales preceptos exigen para exonerar al demandado recurrido de su responsabilidad civil. (Sentencia de 23 de marzo de 1982; ha lugar.)

Si bien la casuística de accidentes de caza es muy inferior cuantitativamente a la de accidentes de circulación, parece claro que la normativa establecida por la Ley de 1970 permite aplicar los mismos criterios jurisprudenciales que en el referido ámbito. Resulta indudable que la conducta del cazador que abandona su arma cargada, sin haber puesto el seguro, es parecida a la del conductor que deja el coche en marcha sin haber colocado.

el freno; de aquí que resulta a todas luces improcedente la calificación del hecho por la A. T. de caso fortuito, lo que, además, implica una equiparación legal con la fuerza mayor que es la prevista en el artículo 35 de la Ley de 1970. Por lo demás la culpa de la víctima no se cuestiona, por lo cual se condena al pago de una moderada indemnización de 300.000 pesetas en total.

G. G. C.

29. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de "circulación. Prescripción. «Dies a quo».*—El plazo prescriptivo del artículo 1.968, párrafo 2.º, Código civil, ha de computarse no desde que se declaró extinguida la responsabilidad penal, sino desde que efectivamente tal proceso concluyó, y tal actuación ha de entenderse concluida cuando se dicta el auto ejecutivo conforme a las normas que regulan el seguro obligatorio, según el artículo 10 del Texto Refundido de 1968, dado que es precisamente a través de tal auto por el que se permite al perjudicado, con interrupción del plazo para el ejercicio de su derecho, afrontar bien la vía ejecutiva bien la ordinaria, o compatibilizar ambas, esta última de forma subsidiaria, para postular la diferencia indemnizatoria, dentro del módulo cuantitativo que la parte perjudicada estime adecuado, lo que exige un previo conocimiento de la cantidad que se le conceda por el cauce ejecutivo, lo que solamente cabe saber con la notificación del auto de fijación referido. (Sentencia de 29 de marzo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Véase la más completa Sentencia de 20 de marzo de 1982.

30. *Culpa extracontractual. Daños por accidente. Prescripción de la acción. «Dies a quo».*—La doctrina de esta Sala, de la que son muestra las Sentencias de 9 de marzo, 2 de julio y 17 de diciembre 1979, 31 de octubre y 5 de noviembre 1981, en las que, aun sin tomar en consideración el problema doctrinal de si es o no aplicable el plazo prescriptivo del año o el más amplio de la extinción de las acciones de rescaramiento, establece que ha de estimarse como errónea el cómputo inicial refiriéndolo a la fecha del auto de sobreseimiento de las acciones penales o a la de su notificación, para fijarlo en las correspondientes al auto ejecutivo preceptivo conforme a las normas que regulan el seguro obligatorio y resultado definitivo de aquél, caso de ser cuestionado. (Sentencia de 17 de marzo de 1982; no ha lugar.)

La precedente doctrina se formula con mayor rigor en Sentencia de 20 de marzo de 1982.

31. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo». Interrupción por ejercicio de la acción ejecutiva. Doctrina general.*—Es doctrina claramente sancionada por Sentencias de 17 diciembre 1979 y 22 octubre 1981, la de que, aun siendo dos las acciones que de un mismo suceso dañoso acaecido en el campo viario pueden derivarse, la ejecutiva reglada por Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y la ordinaria apoyada en la norma-

tiva de la culpa extracontractual, con los bien distintos caracteres que cualitativa y cuantitativamente definen el campo de su respectiva operancia, no puede prescindirse de señalar la recíproca influencia de una respecto de la otra, por cuanto la *causa petenti* es exactamente la misma, lo que puede determinar que los dos procesos se interfieran de seguirse simultáneamente, 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 impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de la prescripción de ésta, o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de prescripción de la segunda con arreglo al artículo 1.973 C. c., interrupción del tracto temporal de la prescripción de la acción aquiliana que opera hasta el momento en que ha obtenido firmeza la sentencia recaída en el procedimiento ejecutivo. (Sentencia de 20 de marzo de 1982; ha lugar.)

32. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación relativos a las personas. Seguro de responsabilidad civil ilimitada. Solidaridad. Notoriedad de la doctrina legal que revela de cita. Ley posterior al hecho que se invoca como criterio hermenéutico.*—La acción civil dimanante del contrato de seguro que cubre el riesgo de circulación ostenta, sin más que el acreditamiento hecho de la causalidad y culpabilidad del conductor asegurado en la producción de los daños, el carácter solidario y directo que este Tribunal tiene declarado en Sentencias de que es muestra por todas la de 14 octubre 1969 y la en ella citadas, carácter luego reiterado hasta el punto de alcanzar ya la cota de notoriedad que releva de cualquier cita concreta y, finalmente, consagrado legislativamente por el artículo 76 de la Ley de 8 octubre 1980, cuya cita debe ser hecha aunque cronológicamente no sea del caso enjuiciado. (Sentencia de 31 de marzo de 1982; ha lugar.)

Nunca se ponderará debidamente el importante papel desempeñado por la jurisprudencia de la Sala 1.^a en la configuración de la actual normativa en materia de responsabilidad civil extracontractual, singularmente en lo referente a los accidentes de circulación. Es innegable el carácter de jurisprudencia creadora que ha tenido en muchos puntos, tales como el aquí tratado de la solidaridad entre la entidad aseguradora y el responsable del hecho dañoso. Ante la insistencia en fundamentar recursos desconocedores de tal doctrina jurisprudencial, se utiliza el concepto de «doctrina legal notoria» que ahorra ulteriores citas. Parece pertinente asimismo invocar la *lex posterior* como criterio interpretativo que corrobora la anterior doctrina legal.

G. G. C.

33. *Culpa extracontractual. Rotura de cable subterráneo por retroexcavadora. Responsabilidad compartida y solidaria de la empresa que realizó el replanteo.*—Como recordó la Sentencia de 9 junio 1969, esta materia de la responsabilidad extracontractual ha de tratarse presidiéndola el «saludable rigor que impone la seguridad de personas y cosas», ocurriendo en este caso que aparecen inscritas en la compleja situación jurídica antecedente, con-

ductas fundantes de la común causación del daño o perjuicio y merecedoras de reproche culpabilístico, a nivel de proyecto y de replanteo de la obra proyectada, todo lo cual ha de desembocar en la unidad de responsabilidad frente al perjudicado y en la correlativa unicidad de la prestación de los varios responsables; en particular, la empresa recurrida se reservó expresamente efectuar los replanteos, esto es, según el concepto técnico de esta operación, el volver a plantear, definiéndolo sobre el terreno, el trazado de la zanja, la excavación de la cual era el único trabajo a efectuar ulteriormente por Construcciones B., de tal suerte que ésta y los siguientes intervinientes, hasta el maquinista inclusive, venían compelidos a seguir fielmente, para construirla, los puntos fijados por el equipo de topógrafos dependientes o contratados por la recurrida, habiendo omitido las modificaciones racionalmente impuestas por la realidad de existir instalaciones industriales, y unos diez metros del lugar del siniestro, una torre de la que descendía el cable que se introducía en el suelo. (Sentencia de 4 de mayo de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—Durante las obras de construcción de un gaseoducto se produce la rotura de un cable subterráneo de alta tensión que produce la interrupción temporal de trabajo en una empresa. La A. T. condena exclusivamente a la empresa por cuenta de la cual se construye el gaseoducto. El T. S., estimando el recurso interpuesto por ésta, condena además, solidariamente con aquélla, a la responsable del replanteo de las obras. De la prueba practicada aparece, no con la necesaria claridad, la existencia de varios subcontratistas hasta llegar al ejecutor material de la excavación de la zanja en cuya realización se produjeron los daños. La condena en definitiva al dueño de la obra y a la empresa responsable del replanteo, alsolviendo al subcontratista y al ejecutar material del daño, no dejar de causar alguna extrañeza, si bien el T. S. no podía salirse del ámbito objetivo en que se planteaba el recurso. G. G. C.

34. *Culpa extracontractual. Daños producidos por animales. Muerte por acometida de bovinos y caída posterior.*—El artículo 1.905 C. c. bien claramente proclama la responsabilidad, con alcance objetivo, del dueño de los animales, sin más causa de exoneración que la fuerza mayor o la culpa de la víctima, y, por tanto, sin consideración a su personal participación en los hechos, lo que obliga a estimarlo responsable por el solo hecho de poseer o servirse del ganado, cualquiera que sea la persona que lo conduzca en el instante de producirse los hechos dañosos e, incluso, aunque en ese momento, nadie lo maneje.

Solidaridad entre el responsable civil y la entidad aseguradora.—La solidaridad entre el responsable civil y la entidad aseguradora no cesa en base al hecho de que la misma póliza cubre la responsabilidad de otras personas por hechos similares, toda vez que la presencia o ausencia de las mismas en el proceso no altera la corrección de los términos en que la litis se planteó, y, sobre todo, al no ser en ningún caso deudores frente a la parte

actora, no guarda, dicha ausencia, relación alguna con la supuesta violación del artículo 1.144 C. c. (Sentencia de 15 de marzo de 1982; no ha lugar.)

Es unánime la exégesis de la Sala 1.ª en relación con el artículo 1.905 C. c., que esta s. reitera. G. G. C.

35. *Culpa extracontractual. Lesiones producidas por caída en hoyo sin cubrir. Responsabilidad de empresa constructora.*—La existencia en el camino de hoyos que habían sido abiertos para establecer una línea de separación con el terreno colindante, los cuales quedaban a veces el descubierto hasta el siguiente día de su apertura, sin que se colocara sobre ellos alguna plancha de metal, madera o de otra índole, que tapara provisionalmente los agujeros, y sin que en las inmediaciones de los mismos hubiera indicación o señal que advirtiera de su existencia a las personas que pudieran circular por las proximidades, acusan la presencia de una situación de riesgo puesta en marcha por los empleados de la empresa constructora, al alterar, de un día para otro, las características de colindancia del camino, que la propia sentencia califica de uso frecuente, bordeándolo, sin señalización ni advertencia alguna, de los inesperados obstáculos en los que previsiblemente podían suceder desgraciados accidentes.

Caso fortuito.—No procede aplicar la exención de responsabilidad por caso fortuito, dado que la previsibilidad de que un hoyo excavado y no señalizado, de unos 40 cm. de profundidad, aunque sea en propiedad privada, al borde de un camino de frecuente uso, abre un peligro que es perfectamente conjurable con el adecuado cubrimiento protector o señalización al menos de la oquedad existente, y cuya permanencia a cielo abierto revela una falta de diligencia, por omisión de la atención y cuidado que, con arreglo de las circunstancias de cada caso, toda conducta humana interfiriente, tiene el deber de desplegar, aun en el caso de que no hubiese traspasado, en relación al resultado causado, el umbral de lo consciente. (Sentencia de 22 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

La víctima del accidente era un médico neurocirujano que sufrió una caída al pasear por un camino y caer en un hoyo abierto en sus linderos, carente de vallado o señalización, produciéndole una lesión traumática en un tobillo, de la que ha curado con incapacidad parcial. La s. de la A. T., que resulta confirmada al rechazarse el recurso de casación, condeno al pago de una indemnización de medio millón de pesetas a la empresa constructora, al tiempo que declara también la culpa de la víctima.

36. *Culpa extracontractual. Muerte por caída de vehículo en socavón. Presunción de culpas. Insuficiencia de medidas de seguridad.*—La acción u omisión determinante de un daño causante a un tercero se presume siempre culposa, a menos que su autor cumplidamente acredite el actuar cuidadoso y diligente exigido por las circunstancias del caso, sin que el hecho de haber adoptado las medidas reglamentariamente establecidas puedan excluir tal culpabilidad, cuando se revela la insuficiencia de las mismas y que faltó

algo por prevenir, no hallándose, por consecuencia, completa la diligencia, tal como se proclama en s. de 12 febrero 1981, reproduciendo las de 7 enero 1960, 7 abril 1963, 11 marzo 1971 y 22 mayo 1972, a más de 4 de febrero 1976, en la que vino a establecerse que si las garantías para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables, no han dado resultado positivo alguno, vienen a demostrar la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia de la diligencia adoptada por el agente.

Culpa compartida.—Al fijarse en la instancia que la culpa de la víctima llega al 50 por 100, a tal fijación se llega en razón a considerar las culpas de análoga entidad, con lo que se hace uso de la facultad de moderar del artículo 1.103 C. c., facultad que, al no ser reglada o imperativa, supone el uso del arbitrio judicial, difícilmente revisable y en todo caso no sustituible por la más interesante posición de la parte, como dijo en ss. de 29 noviembre 1980, 15 abril 1964, 17 enero 1968 y 25 marzo 1970, que autorizan tanto la valoración de las culpas concurrentes, como su cuantitativo reflejo económico. (Sentencia de 11 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

37. *Culpa extracontractual. Negligencia del dueño de la obra. Muerte por caída en garaje en construcción, mal alumbrado. Inexistencia de culpa de la víctima.*—Según constante doctrina jurisprudencial, en materia de culpa extracontractual hay negligencia, civilmente sancionable, en la conducta productora del daño causado, salvo que, aparte la fuerza mayor, el autor de la acción u omisión determinante del mal acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requerían las circunstancias de lugar y tiempo (ss. de 20 octubre 1963, 23 marzo 1968 y 11 marzo 1971), y que la negligencia del perjudicado, en la producción del evento dañoso, se ofrezca con caracteres de exclusividad o con tal acusado relieve e intensidad como para absorber a toda otra concurrente, pero sin que, en otro caso, la negligente conducta de aquél permita, sino una cierta compensación traducible, en su caso, en una moderación del montante económico a satisfacer (ss. de 18 mayo 1970 y 6 octubre 1981); doctrina de aplicación al presente caso en que la Constructora demanda, que realizaba las obras de acondicionamiento del garaje comunicado con la casa habitada núm. 1, de la calle Santa Susana, de O., ni había prestado atención al cierre de la puerta que establecía esta comunicación, no obstante su obligación de vigilar dicho acceso, ni había iluminado el rellano a cuyo través se llegaba al garaje en obras, ni colocado balaustrada o defensa alguna que protegiese el desnivel existente entre la zona en construcción y la de acceso, y por el cual desnivel se precipitó el esposo de la recurrente encontrando la muerte en su caída, sin que a la presunta negligencia de la víctima, al adentrarse por una puerta cuyo destino desconocía y caminar en la oscuridad luego, pueda atribuírsele el relieve causal exonerante de aquella otra culpa tan manifiesta de la entidad constructora, ni determinar siquiera minoración alguna de la indemnización solicitada, habida cuenta de su moderación en relación con las circunstancias personales, profesionales y familiares del fallecido. (Sentencia de 18 de marzo de 1982; ha lugar.)

¿Es negligente la conducta de quien penetra por una puerta que no sabe a dónde conduce y camina luego en la oscuridad? La respuesta depende, sin duda, de las circunstancias. En el presente caso un empleado de una tienda de electrodomésticos recibe el encargo de sacar fotos de unos planos, citándosele en el lugar de los hechos. En la demanda se dirigía la acción contra varias personas (la del mandante, la Comunidad de Propietarios por cuya cuenta se hacían las obras y la Constructora), si bien la sentencia sólo condena a esta última. En definitiva, el T. S. viene a decir que tal conducta no resulta culposa ni en orden a reducir el monto de la indemnización, ni mucho menos, en orden a exculpar a la Constructora, como habían entendido la A. T. A mayor abundamiento se añade que la indemnización solicitada — y concedida en primera instancia, de un millón de pesetas— ya era moderada, en atención a las circunstancias de la víctima. G. G. C.

38. *Culpa extracontractual. Daños derivados de accidente de circulación. Proceso penal. Prescripción de la acción civil. «Dies a quo». No del auto que ordena el archivo de las actuaciones, sino del auto ejecutivo.*—Habiéndose seguido en el presente caso diligencias previas de índole penal, es evidente la imposibilidad de ejercitar la acción civil antes de que ese proceso penal termine, en aplicación de los artículos 111 y 114 L. e. crim., lo que necesariamente supone, para que la vía civil quede expedita, la total y absoluta conclusión de dichas diligencias penales; y cuando el procedimiento penal termina sin declaración de responsabilidad y sin que el perjudicado hubiese renunciado a la acción civil, el punto de arranque del plazo prescriptivo ha de colocarse en la fecha de la notificación del auto que fije la cantidad líquida máxima que por esa vía puede reclamarse como indemnización por los daños y perjuicios sufridos y amparados por el segundo obligatorio, infiriéndose que esta resolución judicial se dicta por el órgano jurisdiccional penal y dentro del proceso de esta naturaleza, constituyendo la última actuación del mismo.

Acciones civiles derivadas del hecho dañoso. Preferencia de la ejecutiva sobre la ordinaria. Prescripción de la acción ordinaria.—Como la interferencia entre las acciones civiles que se derivan del mismo hecho dañoso podría dar lugar a decisiones contradictorias, debe tener prioridad la acción ejecutiva, nacida del contrato de seguro obligatorio, sobre la ordinaria, de lo que se deduce la necesidad para el perjudicado de ejercitar antes aquélla y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal; en consecuencia, el plazo de prescripción de la acción ordinaria comenzará a transcurrir a partir de la firmeza de la resolución recaída en el procedimiento ejecutivo, y en todo caso no puede empezar el cómputo de dicho plazo antes de la firmeza del auto ejecutivo, como así lo tiene declarado la jurisprudencia en ss. de 2 febrero y 17 diciembre 1979, 14 octubre 1980, 28 marzo, 22 octubre y 23 noviembre 1981.

Culpa del conductor del vehículo. Mal estado de los neumáticos.—Es culposa la conducta del conductor del vehículo que circula a excesiva velocidad.

no obstante el deficiente estado de las ruedas de aquél, cuyo mal estado de conservación constaba tanto a dicho conductor como a los dueños del mismo. (Sentencia de 1 de marzo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta s. completa la que, con carácter general, establece la de 20 de marzo de 1982.

39. *Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de otro. Culpa «in vigilando» o «in eligendo».* No se da cuando no hay relación de dependencia.—El artículo 1.903 C. c. requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor del acto causante del daño y la empresa demandada (s. 5 julio 1979), y cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar dicho precepto (s. 18 junio 1979), puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de los medios inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la injerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección, cual acontecía en el caso resuelto por la s. de 17 noviembre 1980. (Sentencia de 4 de enero de 1982; no ha lugar.)

Se reclaman los daños ocasionados por un camión y su remolque que derribaron un puente de propiedad particular, debido a que la altura del remolque sobrepasaba la del puente. Condenado el transportista, se pretende en el recurso, con carácter subsidiario, la condena del dueño de la mercancía transportada que también lo era del remolque, a la que el T. S. no da lugar.

40. *Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Relación de casualidad.*—La sentencia recurrida declara que la causa directa del mortal accidente fundamental y decisiva, fue la conducta del empleado de la recurrente, quien con su reparación incorrecta disminuyó la altura del cable que electrocutó al interfecto; apreciación que mereciendo respeto por imbatida, no hace sino seguir la doctrina más generalizada (ss. de 5 marzo 1913, 22 octubre 1948, 17 enero 1968, 30 enero 1964, etc.) de fijar como causa aquella que, aun concurriendo con otras, es la determinante y decisiva, y que además deba ser especificada en armonía con las circunstancias del caso y el buen sentido, tal como en el presente supuesto debe hacerse si se considera que, sea cual fuere la relación de servidumbre o el respeto de ésta por obra de la construcción del chalet bajo la línea eléctrica, mal podría sentarse que ello fuera la causa decisiva del haber permanecido el cable a la altura primera, y cómo estaba ante de la rotura del poste, todo lo cual lleva a la conclusión del correcto enlace entre la disminución de altura del cable y la muerte por su contacto del fallecido.

Artículo 1.903. Responsabilidad directa del empresario.—La acción derivada del artículo 1.903 C. c. tiene la condición de directa en cuanto puede ser dirigida contra el empresario para exigir la responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pese a que el artículo 1.904 autoriza la repetición contra el dependiente o empleado, por tratarse de una relación interna entre ambos responsables (ss. 30 abril 1960, 16 abril 1968, etc.), bien que haya de exigirse la prueba o realidad del actuar negligente del dependiente o autor material del daño (ss. de 25 octubre 1966, 3 mayo 1967 y 25 octubre 1980), ya que no basta la mera relación de dependencia para sentar la responsabilidad del empresario (ss. de 2 diciembre 1968, 24 febrero 1969 y 25 octubre 1980).

Prueba de la culpabilidad del empresario.—Sin necesidad de acudir a la presunción de culpa que la doctrina y la jurisprudencia (s. de 26 marzo 1981) consideran ínsita en el artículo 1.903 C. c., la sentencia recurrida la ha dejado bien establecida al declarar probado, sin impugnación adecuada, que ha sido el empleado de la empresa recurrente el que realizó la operación de replanteo del poste eléctrico, acortando peligrosamente —con peligro hecho realidad desgraciada— la distancia entre cable de alta tensión y azotea del chalet.

Fundamento común de la responsabilidad contractual y extracontractual. Si bien nuestro C. c. distingue entre daños derivados del incumplimiento de contrato (art. 1.101 y ss.) y los procedentes de culpa extracontractual (art. 1.902 y ss.) por infracción del *alterum non laedere*, amén de la moderna doctrina sobre el riesgo creado por actividades peligrosas, es lo cierto que esas distinciones no eliminan un fundamento común y una misma finalidad reparadora (y en ese sentido las ss. de 24 marzo 1952 y 30 diciembre 1980) que autoriza la aplicación del artículo 1.104 a toda clase de obligaciones en cuanto a la exigencia de responsabilidad reparadora para matizar la responsabilidad en atención a las circunstancias. (Sentencia de 30 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Pocas veces la oposición a una acción ex artículo 1.902 C. c. se hace basar exclusivamente en la violación por la víctima de un precepto exclusivamente civil, como es el artículo 545 C. c., relativo a la prohibición para el dueño del predio sirviente de menoscabar el uso de una servidumbre de conducción de una línea de alta tensión. Tanto en la instancia, como en el recurso la argumentación fundamental es que el fallecimiento por electrocución al ir a colocar una antena de TV en el tejado fue debido exclusivamente a que la edificación se había levantado violando la referida servidumbre. Pero la s. sigue un concepto de nexo causal que se atribuye a «la doctrina más generalizada» —importante matiz respecto del de «doctrina reiterada»— y que le permite identificar la causa con el hecho de haber realizado obras en la línea que dejaron la misma a un altura no superior a 1,60 metros del tejado. No se nos dice la altura normal de la línea, aunque sí el dato de que un año antes se había producido otra muerte por electrocución en la zona. La demanda de indemnización había prosperado en ambas instancias, y el recurso, con toda justicia, es rechazado.

G. G. C.

4. Derechos reales

41. *Acción de deslinde.*—La acción de deslinde se concede en el Código civil a todo propietario y requiere, como supuestos fundamentales, la titularidad dominical respectiva, por parte del actor y demandado, sobre los predios colindantes, y la confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia; de modo que la acción no es viable cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados.

Abuso de derecho.—El ejercicio del derecho discutido no fue contrario a la buena fe a la equidad, y, en tales circunstancias, no se da abuso de derecho cuando, sin traspasar los límites de aquellos máximos principios, de buena fe y equidad, se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer un derecho protegido por la ley, sin intención alguna de dañar. Además, la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo. (Sentencia 7 de julio de 1980; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G. G., promueve demanda sobre deslinde y amojonamiento contra los esposos don J. M. C y doña C. T. R., pidiendo que se le reconozca el derecho de deslindar y amojonar unas fincas rústicas colindantes con otra de los demandados a los que debe condenárseles a que estén y pasen por tal declaración y a que, en trámite de ejecución de sentencia, se proceda a tal deslinde y amojonamiento.

Los demandados se oponen alegando fundamentalmente que ya existe línea divisoria entre las fincas mencionadas, pues hay un camino construido en la linde, siendo la línea divisoria el eje de dicho camino.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juez de Primera Instancia.

42. *Arrendamiento de vivienda. Contrato extintivo realizado por uno solo de los copropietarios. Validez por ser acto de administración.*—Es doctrina jurisprudencial, totalmente concorde con la naturaleza de las cosas, que la concertación y resolución de un contrato de arrendamiento, no es ni puede ser una alteración o disposición de la cosa común —ni jurídica ni material—, sino un simple acto de administración y mejor disfrute, para lo que es suficiente la mayoría del artículo 398 C. c., acreditada en este caso, pues si en el primitivo convenio figura solamente la firma de uno de los copropietarios, no es menos cierto que en todas las actuaciones, incluidas las del presente trámite, aparecen dos que expresamente reconocen su intervención en el contrato, sin que haya constancia en los autos de participaciones desiguales, debiendo, en su consecuencia, regir la norma del par. 2.º del artículo 393 a los efectos del también par. 2.º del artículo 398.

Actuación de un comunero en beneficio de la comunidad.—Es igualmente conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial que proclama que cual-

quier copropietario puede individualmente —y con más razón si son dos, de los tres comuneros— realizar, con repercusión para el conjunto, todo aquello que reduce en beneficio de la comunidad, como es el supuesto que se contempla de concertar la resolución de un arrendamiento que permitiría, desde el establecimiento de uno en mejores condiciones, hasta la demolición del inmueble y posterior construcción de otro con el que se obtuviesen mayores rendimientos. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

Extrañamente es el inquilino de la vivienda el que hace valer el contrato extintivo de su relación arrendaticia, reclamando el pago de la cantidad prometida y poniendo las llaves a su disposición, oponiéndose los copropietarios alegando falta de legitimación al faltar el consentimiento de uno de ellos. Es acertada la doctrina sentada al desestimar el recurso de estos últimos, si bien, en la hipótesis de una pluralidad de arrendatarios y sometido el contrato a la legislación especial, parece al menos dudoso que se aplicara la misma doctrina. No es desdeñable la corriente doctrinal que se opone a la calificación de acto de administración la concertación de un arrendamiento sujeto a leyes especiales. G. G. C.

43. *Propiedad horizontal. Es suficiente el voto de la mayoría de los asistentes a la Junta.*—El caso cuestionado es el de la variación o modificación del sistema de prestación del servicio —primeramente de carbón y actualmente por gasóleo, que no estaba expresamente estipulado lo fuese por el primero de dichos sistemas, por lo que no ha habido modificación alguna de reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal, que aquí, aun dado su carácter extraordinario, no deja de ser un acto de administración y, por otra parte, necesaria, y por ello sólo cabe deducir que esas obras de sustitución del sistema no son más que las necesarias y obligadas para mantener el servicio de calefacción, elemento común que no se ha suprimido ni alterado en sí mismo, aunque resultase obligado la prestación del mismo por el empleo de otro combustible distinto al que se había venido utilizando hasta el deterioro de las calderas, por lo que para llevarlo a efecto sólo era necesario el voto de la mayoría de los asistentes a la Junta convocada al efecto, cuando, como en el presente caso acontece, ésta se celebró en segunda convocatoria, por lo que resulta evidente la inaplicabilidad al presente caso de los preceptos (art. 11 en relación con el 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), cuya vulneración se acusa.

HECHOS.—En Junta extraordinaria se acuerda por mayoría sustituir las instalaciones de carbón por otras de gasóleo en el sistema de calefacción. Algunos copropietarios impugnan la decisión de la Junta por entender que hacía falta unanimidad para tomar tal acuerdo.

En Primera Instancia prospera la tesis de los demandantes. La Audiencia Territorial recova este fallo por entender que no hacía falta la unanimidad en el acuerdo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Conviene destacar que la solución que el Tribunal Supremo da al problema planteado se explica porque no se han modificado las reglas del

título constitutivo al cambiarse el sistema de calefacción. Concretamente se precisa en éstas que «el edificio consta de planta baja, de sótanos, destinada a almacenes comerciales, cuarto de calderas de calefacción, carbonera y cuarto de máquinas de ascensor, y que tiene servicio de ascensor y calefacción central, siendo de hacer constar que el servicio de calefacción, cuyas calderas radican en esta casa, es mancomunado con el de las casas números noventa y noventa y nueve de la misma calle», de lo que deduce el Tribunal Supremo que la calefacción es un servicio común y su supresión llevaría consigo una esencial modificación de un elemento perteneciente a la Comunidad, que afectaría notablemente a los títulos constitutivos de los copropietarios, lo que haría necesaria la unanimidad de votos para que el acuerdo en ese sentido fuese válido, pero no es éste el caso cuestionado en autos, sino el de variación del sistema de prestación del servicio de calefacción, por lo que no ha existido modificación alguna de las reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal. A. C. S.

44. *Documentos auténticos.*—No nos encontramos ante errores fácticos en la apreciación de pruebas que sean evidenciados por documentos auténticos.

Aplicación del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.—Más acreditado en la recurrida sentencia que en la escritura se hicieron constar las cuotas de participación que correspondían a cada piso o local y que fue otorgada por quien entonces era propietario único, el Juzgador no deja de calificar de «tercero» al actor y recurrente y justificar que aquellos contratos, que califica como promesa de venta o compraventa de cosa futura, no les transmitieron la propiedad a los adquirentes, la que no tuvo lugar sino cuando les fueron otorgadas las correspondientes escrituras públicas de compraventa a virtud de la «traditio ficta», por lo que bien dice que no cabe hablar de que los otorgantes de aquellos compromisos tuvieran que intervenir en la escritura de declaración de obra nueva, como no menos y por lo que en concreto se refiere al actor y recurrente, «estar dispuesto a aceptar la escritura de obra nueva si se incluía a su favor el patio de luces» —motivo principal o conductor del recurso como se dijo—, hay que terminar en el sentido de que si, consecuentemente, se cumplió con los requisitos a los que se refiere el invocado precepto (art. 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal), no puede decirse haya sido violado.

Confesión judicial.—El invocado precepto (art. 1.232 del Código civil en el motivo de recurso, al regular los efectos de la confesión judicial, tanto en uno como en el otro de sus apartados, ha de ser combatido por la vía del número 7.º, más nunca por la del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal. (Sentencia de 10 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor afirma que adquirió en documento privado un local con una determinada superficie y un patio de luces. A esta pretensión se opone la Comunidad de Propietarios, que además pide en reconvención. No prospera el recurso de casación.

5. Derecho de familia

45. *Matrimonio civil celebrado en Estados Unidos en 1940. Incongruencia.*—El pronunciamiento contenido en la resolución impugnada de que debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se tendrá por disuelta desde la fecha de firmeza de la sentencia recurrida, considerando a ambos cónyuges de buena fe, en manera alguna es determinante de incongruencia, al ser mera consecuencia de la nulidad del referido matrimonio solicitada por la propia recurrente, aunque no con el alcance de inexistencia que dicha recurrente pretende.

Incongruencia.—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en la reciente Sentencia de 12 de junio de 1981, la finalidad del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de conseguir la decisión de todas las materias sometidas a juicio, poniendo fin al mismo procesal y sustantivamente, evitando la posibilidad de planteamientos posteriores, que es precisamente lo que se pretende por el aludido pronunciamiento.

Incongruencia.—La alegación de que la Sentencia recurrida no contiene declaración alguna sobre una de las pretensiones, oportunamente deducidas en la demanda reconventional, consistente en que se le adjudicasen ciertos inmuebles adquiridos durante el matrimonio, ha de decaer puesto que el fallo establece el pronunciamiento de absolución a las partes de las restantes pretensiones recíprocamente ejercitadas, o sea, las formuladas distintas de las que acoge y declara, y es sabido que al absolver se resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas en el juicio.

Inexistencia de matrimonio.—Constituye la sanción más grave, originando la desaparición del vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, encontrándose los esposos transformados retroactivamente en concubinos, los hijos no tendrían la consideración matrimonial, produciéndose en definitiva turbación en el seno de la familia, resultando castigados inocentes y dando base al quebranto de la institución del matrimonio si el fenómeno se produjese con frecuencia.

Clases de invalidez.—La invalidez tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley, con la distinción de los actos inválidos en inexistentes, nulos de pleno derecho y anulables, con la característica de inexistencia para los que están faltos de un órgano constitutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho para los que, dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad para los que han sido concluidos bajo uno de los vicios del consentimiento tomados en consideración por la ley.

Inexistencia de matrimonio.—Hay que entenderla limitada, a tenor de la normativa que regía al tiempo en que se contrajo el aludido matrimonio, a los casos de no darse diferencia de sexo, de ausencia de consentimiento y de no constitución en la forma exigible.

Nulidad de matrimonio.—El contraído en 7 de septiembre de 1940 en país extranjero por súbdita española y súbdito entonces cubano, ambos católicos bautizados, sin tramitación de expediente de acatolicidad, ni intervención para nada de funcionario de las respectivas nacionalidades, como tampoco inscripción en ninguna representación de éstas, cae bajo la sanción de nulidad, como resultante del carácter imperativo del entonces vigente artículo 42 Código civil, con holgada cabida en el número 4.º del artículo 101 del mismo Cuerpo legal, según tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 21 de octubre de 1959.

Influencia de la nueva Ley de 7 de julio de 1981.—En nada afecta a esta conclusión la nueva Ley, derivada del artículo 32-1 de la Constitución, porque, según previene la disposición transitoria 2.ª de dicha ley, los hechos que hubiesen tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a su entrada en vigor producirán los efectos que les reconocen los capítulos seis, siete y ocho del título IV del libro I del Código civil, o sea, en orden a la nulidad, lo dispuesto en el artículo 79, que viene a ser coincidente, con variaciones correctoras de redacción, con el anterior artículo 69, y porque, al no entender esta cláusula (sic) de retroactividad, no tiene ese carácter a tenor de lo prevenido en el artículo 2-3 del Código civil, con la consecuencia de deber de regirse, de conformidad con la Disposición transitoria 1.ª de dicho Cuerpo legal, por la legislación anterior, al tratarse de derecho nacido de hechos realizados bajo su régimen. (Sentencia de 18 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El interesante supuesto de hecho de esta Sentencia aparece perfectamente sintetizado en el primer considerando de la misma, que merece transcribirse y que dice así:

«Considerando: que son esenciales aspectos de hecho a tener en cuenta, en orden al presente recurso, los siguientes: A) Que don Tomás Ríos Obelleiro y doña Pilar López Júlver, el entonces súbdito cubano y ella súbdita española, católicos bautizados, contrajeron matrimonio civil el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta en la ciudad de Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, conforme a la legislación del estado donde tuvo lugar la ceremonia, sin manifestación de acatolicidad, ni intervención de encargado de Registro de sus respectivas nacionalidades ni constancia alguna en ellos, así como que dicho matrimonio, del que no hubo hijos, quedó disuelto en virtud de sentencia dictada en veintiuno de mayo de mil novecientos setenta y tres por el Magistrado-Juez de Primera Instancia de la ciudad de San Cristóbal en la República Dominicana, por consecuencia de demanda de divorcio interpuesta por el esposo don Tomás Ríos Obelleiro, que posteriormente, concretamente el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, contrajo matrimonio canónico en El Pardo (Madrid) con doña Rosa Leticia Alberti Prada. B) Que en la súplica del escrito de demanda, reiterado en réplica, el demandante, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, estableció sus pretensiones al reconocimiento de no querer continuar formando parte de la comunidad de bienes cuya titularidad dice ostentar, conjuntamente con la demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlver, así como a que se declarase la venta en pública subasta de los tres inmuebles que, también en criterio de dicho demandante recurrido, integra la alegada comunidad, por estimarlos de carácter indivisible, distribuyendo entre los pretendidos condóminos, por iguales partes,

el precio que se obtuviese, una vez deducidos los gastos y pagos legítimos realizados por la mencionada demandada recurrente, que no deben ser compensados con los beneficios obtenidos en la explotación de los bienes comunes a partir del mes de mayo de mil novecientos setenta y tres en que dicha demandada recurrente asumió por entero su administración. C) Que en el escrito de contestación a la referida demanda, después de manifestarse en la correspondiente súplica solicitud desestimatoria de las pretensiones formuladas por el citado demandante, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, se ejercitó por la meritada demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlvez, reconvencción, reiterada en dúplica, con la súplica a ella referente en el sentido que se declarase nulo y por tanto inexistente el matrimonio civil contraído entre aquéllos, de carácter civil, el día siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, en Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, y en consecuencia cuantos actos de orden civil, patrimonial, notarial o registral se hubieren producido desde dicha fecha realizados por los supuestos contrayentes y se declarase la adjudicación a doña Pilar López Júlvez de los bienes inmuebles a que se contrae la certificación del Registro de la Propiedad de Marbella, contenida en el documento número cuatro aportado por el reconvenido don Tomás Ríos Obelleiro con su demanda principal con orden de librar el oportuno testimonio de la correspondiente sentencia al Registrador de la Propiedad de Marbella, para la rectificación de los términos de las antedichas inscripciones registrales, en orden a la supresión por no puestos de los términos «sociedad conyugal», que en las mismas constan, quedando las respectivas inscripciones de los tres inmuebles a que se refieren en nombre y plena exclusiva propiedad dominical y titularidad de las tantas veces aludida doña Pilar López Júlvez. D) Que en el escrito de réplica el demandante reconvenido, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, después de reiterar lo solicitado en la súplica del escrito de demanda, formuló oposición a la expresada reconvencción, con absolución de lo en ella interesado, en tanto que el Ministerio Fiscal, al que se dio traslado de las pretensiones reconventionales por implicar acción referida al estado civil, se manifestó en el sentido de que se le tuviese por allanado en orden a que se declarase la nulidad del matrimonio civil contraído en Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, entre don Tomás Ríos Obelleiro y doña Pilar López Júlvez. E) Que la Sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid acoge la consecuencia de nulidad del mencionado matrimonio civil, en situación de buena fe determinante de la eficacia de tal unión en el orden patrimonial, con aplicación del régimen económico de la sociedad de gananciales, practicado de hecho durante la vigencia del nexo conyugal. F) Que la resolución impugnada, rechazando la excepción de falta de personalidad aducida por la demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlvez, desestima la demanda contra ella formulada por don Tomás Ríos Obelleiro, ahora recurrido, y estima en parte la reconvencción planteada, a que se deja hecho referencia, declarando la nulidad del expresado matrimonio contraído entre los meritados demandante y demandado el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, debiendo procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se tendrá por disuelta desde la fecha de firmeza de la Sentencia recurrida considerando a ambos cónyuges de buena fe, y G) Que dicha Sentencia ha sido consentida por el demandante reconvenido tan aludido don Tomás Ríos Obelleiro y el Ministerio Fiscal, que no ejercitaron recurso, por lo que les alcanza con relación a ella firmeza procesal, y ha sido recurrida en casación por alegada infracción de ley y doctrina legal por la precitada demanda reconviniente doña Pilar López Júlvez, cuyo recurso basa en tres motivos, el primero amparado en el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, por pretendida infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma Ley Procesal, al estimar dicha recurrente que

la Sentencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; el segundo, amparado en el número tercero del mismo artículo mil seiscientos noventa y dos de la mencionada Ley Rituaria Civil, «ad cautelam» del anterior, pero con sustantividad propia, también alegada por pretendida infracción de dicho artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender la mencionada recurrente que el fallo de la precitada Sentencia no contiene declaración alguna sobre una de las pretensiones formuladas en la demanda reconvenicional, concretamente la referente a la adjudicación de los bienes inmuebles a la tan aludida doña Pilar López Júlvez, y el tercero, amparado entre el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos del citado ordenamiento procesal civil, al ser del parecer la tan repetida recurrente que la Sala sentenciadora de instancia produce violación, por inaplicación, del artículo seis —antes cuatro— del Código civil, en relación con el artículo cuarenta y dos del mismo Cuerpo legal sustantivo.»

Desde luego, hay varios puntos que llaman la atención en esta exposición de hechos, como son el dejar en el aire la nacionalidad de los litigantes después de su matrimonio —cuestión que tampoco aparece aclarada en los resultandos— o bien que, con olvido de toda regla de Derecho internacional privado, se dé por buena y eficaz una situación de sociedad de gananciales de hecho, aunque exista algún precedente jurisprudencial en este segundo punto. Pero lo más grave es que todavía hay, después de la Constitución y de la reforma del Código civil por la Ley de 7 de julio de 1981, se siga afirmando la nulidad del matrimonio civil de españoles en el extranjero por la catolicidad del contrayente español. Extensamente me ocupé de esta cuestión en un trabajo publicado en este mismo ANUARIO en 1976 (Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español: notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975) y a los razonamientos entonces expuestos me remito. Hoy, en efecto, fuertes argumentos de tipo histórico, sistemático, sociológico y de equidad que obligan a rechazar ese pretendido carácter imperativo del derogado artículo 42 del Código civil, con su consiguiente sanción de nulidad. Y que un matrimonio de esta clase pueda verse afectado de nulidad por defecto de forma, conforme al antiguo artículo 101.4.º del Código, en relación con el 100 del mismo Cuerpo legal, es también una conclusión indefendible después de lo que dispuso al efecto el artículo 73 de la Ley del Registro Civil de 1957. En fin, que la falta de expediente y de inscripción en el Registro acarree la nulidad es igualmente una tesis sin base real ni legal alguna, como creo llegué a demostrar en el estudio citado.

La Dirección General de los Registros ha estimado por el contrario, desde hace muchos años, que los matrimonios de españoles en el extranjero, contraídos en la forma permitida por la «lex loci», son siempre válidos e inscribibles en principio, pudiendo citarse como más importantes, ya antes de la Constitución, la Resolución de 13 de junio de 1978 y, después de aquella, la Resolución de 30 de junio de 1981.

Sobre todo hoy, a la vista de la Ley de 7 de julio de 1981 y de la disposición transitoria 2.ª de la misma, seguir afirmando esa nulidad constituye una interpretación demasiado forzada, como lo prueba la verdadera pirieta que se ve obligado a hacer el último considerando de la Sentencia. Porque si, según esa disposición adicional, hay que aplicar el capítulo sexto del título IV del libro I, que trata de la nulidad del matrimonio, a los hechos que hubiesen tenido lugar o a las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, y el propio considerando aplica retroactivamente el vigente artículo 79 contenido en ese capítulo sexto,

no se comprende cómo es posible, a renglón seguido, dejar de aplicar, dentro del mismo capítulo y con idéntico efecto retroactivo, el artículo 73 del Código que establece las causas taxativas de nulidad del matrimonio, entre los que, claro está, no se encuentra ya el matrimonio de españoles en el extranjero conforme a la ley del lugar de celebración, pues esta forma está, por el contrario, expresamente admitida por el último párrafo del artículo 49 del Código.

Como no todo ha de ser negativo en esta pequeña nota crítica, conviene observar que, dado el estrecho cauce en que se desenvuelve el recurso de casación y como lo único que se discutía era la nulidad o la inexistencia del matrimonio, parece que el Tribunal Supremo no tenía posibilidad para replantear la cuestión decidida en las fases de instancia.

J. D. C.

46. *Separación matrimonial. Determinación de la competencia.*—Las alegaciones del esposo demandado de que hay que tener en cuenta que se solicita también en la demanda incidentalmente la prestación de alimentos, que es una acción personal y que en todo caso la competencia ha de ser atribuida a los Juzgados del domicilio conyugal por tratarse de acción sobre el estado civil, ha de decaer porque, frente a los artículos 62-1.º y 63-21 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha de primar el artículo 1.881 de la propia Ley, al amparo del cual se ha instado la separación y que atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio de la solicitante, sin que a ello obste la petición de alimentos hecha por otrosí, y no incidentalmente, en aplicación de las medidas cautelares que el citado artículo regula.

Separación de hecho y domicilio conyugal.—No importa para nada el domicilio del marido, porque aparte de la letra del artículo 1.881 ha de tenerse en cuenta que existiendo una separación de hecho, consentida por los cónyuges, como se deduce del documento aportado con la demanda, ha de estimarse como domicilio real de la demandante en que actualmente reside, último domicilio conyugal de los litigantes. (Sentencia de 2 de junio de 1981, resolutoria de competencia.)

47. *Pensión alimenticia a mujer casada fijada en las medidas provisionales de separación.*—Una vez que el procedimiento de separación ha sido resuelto por sentencia firme y ejecutoria, que concede la separación y deja sin efecto la medida provisional de prestación de alimentos, de conformidad con lo prevenido en el párrafo primero «in fine» del artículo 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda abierta la vía procesal del juicio de alimentos provisionales que regulan los artículos 1.609 a 1.617 de esta Ley, sin que sea necesario acudir al procedimiento declarativo que corresponda y sin que obste a esta conclusión el criterio de la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1961, que se refería a un caso en el que todavía tenía vigencia legal la medida provisional de alimentos producida en el trámite de medidas provisionales con relación a la mujer casada.

Recurso de casación. Infracción de preceptos procesales.—La improcedencia de éstos como base del recurso de casación, con arreglo al artículo

1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no entra en juego en este caso porque, al entender la Sala sentenciadora de instancia que el procedimiento adecuado no es el de alimentos provisionales, sino el declarativo correspondiente, está estableciendo un vicio no meramente procedimental, sino de ilegitimidad de un juicio que es derivado de las premisas sustantivas que son su obligado supuesto y cuya infracción además ha sido denunciada en el recurso, por inaplicación de los artículos 142, 143, 144, 146 y 147 del Código civil. (Sentencia de 22 de mayo de 1981; ha lugar.)

6. Derecho de Sucesiones

48. *Falta de personalidad del procurador.*—La falta de capacidad procesal del procurador respecto de uno de los actores no presupone la del mismo respecto a los restantes; dicha falta de representación debió ser puesta en conocimiento del tribunal por el procurador que ostentaba la representación del difunto.

Ejercicio de acciones sucesorias en beneficio de los coherederos.—Pudiendo cualquiera de los herederos ejercitar las acciones sucesorias en beneficio de todos, el fallecimiento de uno de ellos no impide la continuación del proceso. (Sentencia de 31 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

M. D. E.

II. DERECHO MERCANTIL

49. *Documento auténtico.*—Al no ser los autos originales de los pleitos documentos auténticos, a los efectos de la casación, con mayor motivo no lo son los testimonios de dichos autos. Además el testimonio que se cita no tiene tampoco el carácter de documento auténtico, por cuanto el mismo es examinado y valorado, en cuanto a sus efectos, en la Sentencia impugnada pretendiendo el recurrente combatir su valor y alcance, y es sabido que lo que no puede pretenderse es la nueva valoración de un medio probatorio si no es dentro de las instancias, pero no en el ámbito del recurso extraordinario de casación, para lo que no existe otra vía que la del número primero del artículo 1.692 con citación del precepto infringido y especificación del concepto en que lo hayan sido. Sólo es auténtico a efectos de la casación, el documento que demuestre por sí, dada su evidencia y notoriedad, la equivocación sufrida por el juzgador, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o que se presten a distintas interpretaciones.

Impugnación de acuerdos sociales.—A la vista de lo normado en los artículos 67 y 68 de la L. S. A., los acuerdos asociativos pueden ser impugnados por dos distintas vías o procedimientos, uno por el específico del artículo 70 de la misma, siempre que se verifique dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha del acuerdo y el recaído sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o más accionistas,

los intereses de la sociedad, y otro, pasado tal plazo, por el proceso declarativo ordinario, únicamente referido a los acuerdos contrarios a la ley. Los acuerdos quedan firmes al no haber sido impugnados por la vía adecuada.

No pueden impugnarse los acuerdos de una junta, de contenido totalmente confirmativo de los que se tomaron en la junta anterior, habiendo pasado con exceso los plazos de impugnación señalados en el artículo 67, en relación con el 68.

Ciertamente puede impugnarse un acuerdo sin necesidad de esperar a que la lesión se produzca, pero no puede entenderse automáticamente causada la lesión por la adopción de aquél. El cumplimiento de la carga procesal de la prueba del resultado lesivo de un acuerdo se le exige al impugnante. (Sentencia de 11 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

M. D. E.

III. DERECHO PROCESAL

50. *Declaraciones fácticas de la Audiencia Territorial.*—Las declaraciones fácticas efectuadas por la Audiencia no han sido combatidas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que inexcusablemente han de ser respetadas íntegramente y enjuiciado el motivo desde tales asertos.

Régimen de aplicación del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—A) En cuanto al presupuesto de aplicación del artículo puede precisarse que a) la resolución originadora del devengo no tiene que ser firme necesariamente, como el motivo pretende, pues, sobre que el texto sujeto a interpretación señala el día raíz: «desde que aquélla —la resolución— fuere dictada», pasa a contemplar el supuesto de resolución revocada total o parcialmente y en este último caso faculta al Tribunal para mantener el devengo (por la parte de condena no alcanzada por la revocación), lo que «a fortiori» ha de ser desde la fecha de la resolución parcialmente revocada, y b) sobre si la liquidez debe ser anterior a la resolución o proceder de ésta, parece que basta con que la resolución introduzca la liquidez, pues, entenderlo de otro modo dejaría fuera del precepto la fijación de las deudas de valor en resoluciones aún no firmes, muy numerosas en el campo de las obligaciones extracontractuales de resarcimiento de daños, que, desde ahora, originarán el devengo de estos intereses desde el temprano momento procesal en que se expresen o traduzcan en cifras, aunque el pronunciamiento no sea firme y ni siquiera definitivo; B) en cuanto al modo de su aplicación también ocurre puntualizar que a) si la cantidad objeto de la condena no producía intereses desde el momento anterior, con la fecha de la resolución se inicia el de los regulados por el artículo 921 bis, y b) si, por el contrario ya devengaba intereses moratorios, el aspecto de la compatibilidad debe resolverse entendiéndose que los moratorios ordinarios quedan embebidos en los superiores del artículo a partir de la fecha de la resolución, debiendo

distinguirse, por tanto, entre el tiempo anterior a la fecha de la resolución o tiempo de mora ordinaria y tiempo posterior, regido por el artículo 921 bis únicamente; pero si los intereses moratorios ordinarios, por acto u otra causa, aparecieren superiores a los del artículo, prevalecerían aquéllos y, en definitiva y en cualquier caso, el tiempo más elevado; finalmente, C) y en cuanto a la vigencia en el tiempo, también debe rechazarse la tesis del motivo según el cual la reforma abarca únicamente las resoluciones recaídas en juicios iniciados con posterioridad a la vigencia de la ley, que, por publicada el día 10 de enero de 1981, comenzó a regir a las cero horas del día 31 del mismo mes y, por contra, entenderse que la vigencia del nuevo artículo comprende, de una parte todas las resoluciones de fecha posterior al 30 de enero de 1981 y con abstracción de la fecha de inicio de las actuaciones y, de otra, también las dictadas hasta el 30 de enero de 1981 inclusive, si bien no habrá, conforme el nuevo artículo, intereses anteriores al momento de la vigencia y, por tanto, en el caso del recurso, sino desde 31 de enero de 1981, no obstando que la sentencia de primer grado data de 5 de febrero de 1980: interpretación que, atenta a la finalidad perseguida por la reforma, respeta el principio de irretroactividad del punto tercero del artículo 2 del Código civil. (Sentencia de 22 de abril de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta sentencia se tiene en cuenta el nuevo artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, evidenciándose su significado y finalidad. Este artículo ha sido introducido por la Ley 77/1980, de 26 de diciembre («B. O. E.» de 10 de enero de 1981), y el mismo está en la línea de procurar que los Tribunales dispensen una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, conforme al número 1.º del artículo 24 de la Constitución, según señala la sentencia que anotamos. A. C. S.

51. *Competencia territorial.*—Determinada la competencia territorial, en primer término, por la sumisión expresa, es manifiesto que el pacto de donde fluye requiere una declaración de voluntad mediante la cual los interesados manifiestan su propósito de someterse a un determinado órgano jurisdiccional, manifestación que puede ser realizada mediante apoderamiento. Si las circunstancias concurrentes no permiten abrigar la sospecha de actuación irregular alguna, «prima facie», debe conceptuarse lícita tal actuación a nombre de otro.

Sumisión pactada por poder.—Sería contrario al principio de buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de Comercio y 1.258 del Código civil y a la máxima «verdad sabida y buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones y libelos», sostener que quien ha sido puesto por el demandado en su empresa ganadera para recibir los productos comprados y, por consiguiente, para autorizar con su firma los documentos de entrega, no se halla legitimado para obligarse en cuanto a la usual cláusula de sumisión en las compraventas celebradas con importantes entidades mercantiles que realizan operaciones en masa, máxime cuando la oposición del comprador demandado no descansa en hipotéticos vicios de la sumisión expresa no firmada por él personalmente. (Sentencia de 16 de febrero de 1981.)

52. *Interpretación de los contratos.*—Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido que la interpretación de los contratos es facultad privativa del Tribunal de Instancia, sólo revisable en casación cuando de manera clara aparece vulnerado algún precepto legal de los que gobierna esta materia, por lo que el resultado al que aquél llegó habrá de ser mantenido mientras sea lógico y racional, aunque pueda haber alguna duda sobre su rigurosa exactitud.

Informes periciales.—Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, carecen de autenticidad los dictámenes o informes técnicos. Por tanto, la valoración de la prueba pericial, entregada a la libre apreciación del Tribunal de Instancia conforme a las reglas de la sana crítica, queda sustraída a la censura de la casación. Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

53. *Documento auténtico.*—Como nutridísima jurisprudencia de esta Sala viene declarando, documento auténtico es el inadvertido y no el que fue sometido a la apreciación del juzgador de instancia, precisándose además que la literosuficiencia o, lo que es igual, que de su lectura y sin necesidad de interpretaciones o deducciones surja, derechamente, la evidencia de la equivocación padecida.

Error de derecho.—Como es sabido, habiéndolo declarado también nutrida jurisprudencia, tal error consiste y ha de estar representado por el desconocimiento en la sentencia impugnada por el recurso, de la virtualidad atribuida por la ley a un determinado medio probatorio.

Prueba de confesión.—No puede servir, según jurisprudencia también muy reiterada, para viabilizar el recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Error de derecho.—Siendo de derecho el error exige que se exprese, para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 1.729, el concepto de la infracción, incurriéndose así en la causa de inadmisión cuarta del 1.729, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

54. *Fundamentos fácticos de la sentencia de instancia.*—Los fundamentos fácticos, al no haber sido atacados por la vía adecuada al efecto del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, han quedado incólumes en casación.

Interpretación de los contratos.—Como al desarrollar el motivo, tratando de fundamentarlo, lo que verifica el recurrente es un alegato de la doctrina contenida en sentencias de esta Sala referentes a la interpretación de los contratos, es obvio que al no acusarse en el mismo la infracción de las normas sobre hermenéutica que los artículos 1.281 y siguientes del Código civil establecen, tal alegato a efectos de casación, deviene inoperante. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

55. *Distribución de la carga de la prueba.*—De acuerdo con el principio de distribución de la carga de la prueba, el demandante ha de probar, únicamente, los hechos constitutivos en los que asiente su demanda, carga que ha de estimarse cumplida por el expreso reconocimiento que la demandada hace al contestar y reconvenir. (Sentencia de 10 de marzo de 1980, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «Petram, S. A.», demanda a la entidad «Luis Porras, S. A.», en reclamación de 447.774 pesetas y sus intereses, como resto del precio que representaba el importe de unas puertas confeccionadas, por encargo de la demandada, y que, en su día fueron recibidas por ésta sin reparo alguno.

«Luis Porras, S. A.», se opone a la demanda, admitiendo la entrega de las puertas y el importe de las mismas, pero alegando que las relaciones comerciales entre ambas entidades eran muy anteriores a la entrega de las aludidas puertas, y que, con anterioridad, había formulado unos pedidos de la misma naturaleza, pero que no fueron atendidas íntegramente por la actora, razón por la cual pide la desestimación de la demanda y formula reconvencción por 114.240 pesetas, que dice adeudarle la demandante una vez realizadas las oportunas operaciones compensatorias.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia confirma la sentencia apelada.

56. *Acumulación de acciones.*—No se trata de conexión jurídica, sino de otra nota de mera homogeneidad, insuficiente para fundar, según los términos del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la acumulación efectuada.

Concurrencia de la causa 3.ª de inadmisión del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Pronto se advierte que, con todo, aparece obvio que no se alcanza, ni con mucho, el límite de las trescientas mil pesetas establecido por el número 1.º del artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para vedar a las de interés inferior el acceso a la casación cuando el recurso se funda, como aquí ocurre, en infracción de ley y de doctrina legal, de suerte, en definitiva, que improcedentemente admitido el recurso, según lo razonado, por concurrir la causa 3.ª de inadmisión del artículo 1.729, que le alcanza y no le fue aplicada en el trámite oportuno, se transmuta ahora en causa de desestimación que arrastra a todo el recurso. (Sentencia de 22 de marzo de 1982; no ha lugar.)

57. *Límites en el arbitraje de derecho.*—Constreñidos los contratantes y el árbitro por las estipulaciones de la escritura de compromiso, habrá de atenerse a lo pactado para comprobar si entre las facultades otorgadas en el negocio al órgano de arbitraje y los pronunciamientos del laudo hay la necesaria equiparación objetiva fundamental o si por el contrario se ha ocasionado discrepancia.

Interpretación amplia de las facultades arbitrales.—Atendida la finalidad del arbitraje, las cláusulas de la correspondiente escritura no han de ser interpretadas con restricción, sino con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente para lograr el propósito que llevó a las partes al contrato.

HECHOS: El día 28-6-77, don L. P. M., en nombre propio y como representante de la entidad D. S. L., y don J. R. P., en nombre propio y como representante de la entidad T. S. L., comparecen ante Notario, y para resolver la controversia surgida como consecuencia de la separación del socio don L. P. M. de la entidad T. S. L., nombran árbitro de derecho a don E. L. F., concretándole los puntos sobre los que debe emitir su dictamen.

El día 6-8-79 comparece ante el mismo Notario don E. L. F., dictando el oportuno Laudo comprensivo de las decisiones que estimó procedentes, hallándose entre ellas la obligación de don J. R. P. de satisfacer a don L. P. M. a partir del segundo año el interés anual del 10 por 100 de su saldo deudor de 18.997.097 pesetas.

Notificado a las partes este Laudo, don J. R. P. por sí y en nombre de la entidad T. S. L., interpuso recurso de casación por infracción de ley, de doctrina legal y de nulidad contra el expresado Laudo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1981; no ha lugar.)

M. D. E.

Suscripción anual: España, 3.600 pesetas
Extranjero, 4.200 pesetas
Número suelto: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.500 pesetas