

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVIII  
FASCULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXXV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS  
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

- JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA: *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada* ... .. 3
- LUIS MARTÍNEZ VÁZQUEZ CASTRO: *Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales* ... .. 43
- LUIS FELIPE RAGEL: *La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado* ... .. 61

### Vida Jurídica

- JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ: *Hacia un nuevo Derecho societario* ... .. 89

### Información Legislativa

- A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... .. 137

**Bibliografía**

Libros ... .. 151

BONET CORREA, José: *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—*Colección de textos legales: Leyes civiles forales*, por José Bonet Correa.—DIEZ PICAZO, Luis: *Familia y Derecho*, por Vicente Espert Sanz.—ESSER-SCHMIDT, Band: *Allgemeiner Teil*, por Gabriel García Cantero.—GALGANO, Francesco: *Diritto Privato*, por C. P. A.—LAQUIS, Manuel: *Derechos reales IV. Restricciones y Límites del dominio. Régimen de las aguas. Dominio imperfecto, Sepulcros*, por José Bonet Correa.—LEON ARCE, Alicia: *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, por R.—LHEMANN, Michael: *Vertragsanbahnung durch Werbung*, por C. P. A.—LIBER AMICORUM: *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Doctor Antonio Rodríguez Sastre*, por José Bonet Correa.—PEDEMONTE FEU, Jorge: *Jurisprudencia de propiedad industrial*, por José Bonet Correa.—VITO NAPOLI, Emilio: *L'inabilitazioni*, por José Bonet Correa.

**Revista de revistas**

I. REVISTAS ESPAÑOLAS.

A cargo de José R. Antón Riesco ... .. 167

**Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultados*, por Ricardo de Angel Yagüez y Manuel Zorrilla Ruiz ... .. 184

*El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas*, por Carlos Martínez de Aguirre ... .. 212

II. SENTENCIAS ... .. 221

# 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  
28014 - MADRID

TOMO XXXVIII  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXXV

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



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

## En defensa del criterio de especificación unilateral notificada

JOSE LUIS MOREU BALLONGA

Profesor titular de Derecho civil

SUMARIO: I) Delimitación previa.—II) La cuestión en el legado genérico.—III) La cuestión en la compraventa de cosas fungibles con precio fijado *ad mesuram*: a) Aplicabilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas genéricas. b) Investigación sobre el criterio contenido en el artículo 1.452, párrafo 3.º.—IV) El artículo 1.133 y la duda sobre su aplicabilidad por analogía en nuestro tema.—V) Especificación y novación.—VI) Conclusión y valoración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### I) DELIMITACION PREVIA

Las dudas sobre el momento preciso en que se especifica una obligación genérica constituyen un tema ya con cierta tradición en Alemania y los países latinos desde que lo planteó la pandectística germana del siglo pasado. En nuestra doctrina existe sobre el asunto una cierta reflexión a nivel de manuales pero pienso que faltaba hasta ahora, en el tema, una reflexión global y detenida y que tuviese a la vista el conjunto de los datos legales que parece aportar nuestro Código: ésta es la reflexión que he pretendido realizar y que ofrezco al lector, previéndole ya desde ahora de la dificultad de este tema y de la complejidad de sus conexiones con puntos delicados de la teoría de la obligación; complejidad que, por mi parte, no desconozco, y que muy especialmente me aconseja en esta ocasión ampararme en la fórmula ritual del sometimiento gustoso de la opinión aquí defendida a cualquier otra más autorizada y razonada.

Nuestra doctrina admite que existe una especificación simultánea al pago o por pago (1), incluso realizado por un tercero (2), que no

---

(1) Véanse, por ejemplo, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 3.º, 13.ª edición, 1983, pág. 170; ALBALADEJO, *Derecho civil, Derecho de obligaciones*, II, vol. 1.º, 7.ª edición, 1983, pág. 47; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, pág. 136; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., 1983, pág. 208; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, 1976, pág. 241; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 6.ª edición, 1983, pág. 60. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, págs. 128 a 132.

(2) Así, PUIG BRUTAU en el lugar indicado en la nota anterior.

plantea problema especial. La opinión común suele explicar también que el deudor puede especificar unilateralmente la obligación genérica si se pactó esa posibilidad expresamente al constituir la obligación (3), y que también a un tercero o al azar se podría dejar la elección o especificación por esta misma vía del pacto expreso de las partes (4). Finalmente, sentado todo lo anterior, se aborda el caso difícil de la admisibilidad o no de una especificación unilateral y previa al cumplimiento realizada por el deudor, para terminar casi siempre rechazando la posibilidad de una tal especificación (5).

Creo que es indudable que las normas que regulan la especificación de las obligaciones genéricas son dispositivas y que habrían de quedar excluidas incluso por una voluntad tácita, pero parece útil señalar también que la usual forma de exponer y abordar nuestro tema a que acabo de referirme puede ocultar en algún caso una cierta toma de postura previa. En efecto, nótese que si se interpreta nuestro Derecho en el sentido de admitir la posibilidad de una especificación por el deudor unilateral y previa al cumplimiento, deviene ya innecesaria la afirmación de que dicha posibilidad cabe por pacto expreso entre las partes: presupuesta aquella interpretación, un tal pacto expreso entre las partes resultaría innecesario y, aunque siempre produciría el desplazamiento de la equivalente norma dispositiva, prácticamente irrelevante. Incluso, presupuesta aquella interpretación, que es la que en efecto se acepta en este trabajo, se invierten los términos y pasan a ser las diversas formas de «separación bilateral» o intervención del acreedor en la especificación las que resultan necesitar un pacto expreso de las partes para que puedan ser exigidas al deudor (6).

También merece alguna puntualización la opinión de Larenz, que Díez Picazo parece introducir y aceptar para nuestro Derecho (7). Según aquel autor, y puesto que en el Derecho alemán el deudor especifica la obligación genérica cuando hace «lo necesario por su parte

(3) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, junio 1980, pág. 658. Véanse también, por ejemplo, de entre los citados en la primera nota, ALBALADEJO y Díez PICAZO y GULLÓN, en esos mismos lugares.

(4) Véase, en este sentido, PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, tomo III, 2.ª ed., 1972, pág. 114. Véanse también, por ejemplo, PUIG BRUTAU y Díez PICAZO y GULLÓN en los lugares citados en la primera nota.

(5) En tal sentido, todos los autores citados en las notas anteriores, y en esos mismos lugares, salvo PUIG PEÑA que, aunque parece inclinarse también en ese sentido, no llega a pronunciarse con claridad. Vid. además la opinión de mi maestro, el profesor LACRUZ, en *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, 1977, págs. 48-49. Y asimismo: DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, volumen II, 3.ª ed., La Habana, 1954, págs. 63 a 66; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 318 a 323.

(6) La precisión tiene su importancia porque, si se prescinde de ella, cabe equivocarse con los mismos argumentos sustantivos de la polémica: véase la crítica que hago a mi maestro, el profesor Lacruz, al principio del epígrafe VI de este trabajo.

(7) Vid. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, tomo I, versión española de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, págs. 164-5; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, 1972, pág. 488. Véase recogida también la idea de LARENZ en SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, junio 1980, página 657.

para cumplir la prestación» (8), debe distinguirse según se trate de una deuda de entrega, de remisión o de puesta a disposición. En el primer caso, basta que el deudor lleve y ofrezca la cosa de modo efectivo al acreedor; en el segundo, basta que se la haya enviado; en el tercero, basta la puesta a disposición del acreedor de los objetos por aquél determinados, o de la cantidad por el mismo individualizada, y notificándolo al acreedor o invitándole a que los recoja.

Pero parece que en nuestro Derecho criterios como éstos podrán aceptarse y valer en tanto en cuanto puedan entenderse contenido de la voluntad tácita de las partes al constituir la obligación (normas dispositivas) o, en su caso, por constituir un uso, ya integrador de la voluntad negocial (art. 1.287), ya propiamente normativo (artículo 1.258) (9). En otro caso, falta toda base normativa para pretender resolver con criterios como los propuestos por Larenz el problema de la determinación del momento de especificación de una obligación genérica (10).

Por lo demás, en las páginas que siguen me ocupo del problema de la especificación de una obligación genérica cuando la elección corresponde en ella al deudor, lo que, según se suele afirmar (11), ocurre siempre que no ha sido expresamente atribuida al acreedor. Tal es el supuesto a la vez más importante y más difícil. Cuando la elección o especificación está reservada al acreedor expresamente, creo, con todo, que la solución no debe ser diferente a la del caso normal de elección por el deudor, y que cabe resolver la cuestión por una aplicación analógica del artículo 1.136, párrafo 1.º, cuyas razones se entenderán mejor al leer las consideraciones que sobre el artículo 1.133 incluyo en el cuarto epígrafe de este trabajo.

---

(8) Tal es la fórmula (traducida) del párrafo 243-2.º del BGB, que según Enneccerus presenta un carácter intermedio entre la teoría de la separación de *Thöl* y la teoría de la entrega de Ihering. *Vid.*, del primero, *Derecho de obligaciones*, traducido de la 35 edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER. Barcelona, 1933, pág. 32.

(9) La diferencia entre ambas funciones del posible uso es, como notan Díez Picazo y Gullón, que en el caso del uso integrativo de voluntad, a diferencia de en el uso propiamente normativo, su actuación podría quedar excluida demostrando la inexistencia de una voluntad en ese sentido. *Vid. Sistema de Derecho Civil*, vol. 1.º, 4.ª ed., 1981, pág. 166.

(10) Un caso un tanto peculiar es el de las ventas a distancia o ventas de plaza a plaza, para las que dice Díaz Pairó que existe una regla universalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, según la cual la traslación de los riesgos sucede desde que el vendedor entrega la cosa al transportista. Sin embargo, como objeta Puig Peña, la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de noviembre de 1924 no sigue dicho criterio. *Vid.*, respectivamente, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, La Habana, 1954, pág. 66; y *Compendio de Derecho civil español*, tomo III, 2.ª ed., 1972, pág. 116. La citada sentencia del Tribunal Supremo está comentada al final de este trabajo, en el epígrafe VI. Véase también sobre el tema el artículo 1.378 del vigente Código civil italiano.

(11) Por casi todos nuestros autores, que suelen razonar convincentemente su afirmación recordando que el deudor se obliga a lo menos posible y la analogía con los artículos 875 y 1.132. Véanse, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1977, pág. 48; y ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 7.ª ed., 1983, pág. 46.



Finalmente, la reflexión realizada en las páginas siguientes se circunscribe al ámbito del Derecho civil, aunque el tema interesa también al Derecho mercantil, de cuya diversa e interesante regulación en este punto (12) el Derecho del Código civil es supletorio (arts. 2 y 50 del Código de comercio y art. 4-3 del Código civil). Las principales sentencias del Tribunal Supremo referidas a este problema, a las que me refiero sobre todo al final de este trabajo, han sido dictadas, como veremos, sobre supuestos de obligaciones surgidas de contratos mercantiles, mezclando en ellas el Tribunal Supremo de modo generalmente poco cuidadoso invocaciones de preceptos del Código de comercio con otras de preceptos del Código civil (13).

## II) LA CUESTION EN EL LEGADO GENERICO

La regulación de los legados genéricos del Código civil ofrece algunos de los datos más importantes para la determinación en el mismo del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas. Sin embargo, resulta curioso observar cómo en nuestra doctrina, al tratar dicho problema general en el régimen de las obligaciones genéricas, se da un olvido casi absoluto de esta significativa regulación de los legados genéricos, y, en general, una considerable falta de conciencia sobre la inevitable conexión entre ambos temas (14).

(12) Véanse los artículos 327 a 340 y la regulación del contrato mercantil del transporte terrestre de los artículos 349 y siguientes del Código de comercio. Adviértase que esta regulación, en particular, parece considerar excepcional en la venta de géneros mercantiles que el comprador tenga la facultad de examinar previamente los objetos que se le entregan y «rescindir» la compraventa si no le conviniere (arts. 327, 328 y 334, apartado 2.º). Sobre la especificación de la obligación derivada de compraventa mercantil, en general, decía Garrigues que lo corriente es que se realice unilateralmente pero que el comprador tiene derecho a intervenir en dicha especificación. *Vid. Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. 1.º, 1964, núm. 1.104, pág. 427; y *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 6.ª edición, 1974, págs. 74-75, 83 a 86 y 92.

(13) Calificada la venta como mercantil con arreglo a los artículos 325 y 326 del Código de comercio, éste, y subsidiariamente, los usos de comercio de cada plaza, deben siempre anteponerse al Código civil. Criterio claro en su formulación pero ciertamente difícil de concretar en materia tan espinosa como la de especificación y riesgos de la compraventa.

Por lo demás, la actual regulación del Código de comercio en el tema procede sustancialmente de la contenida en los artículos 361 y siguientes del Código de comercio de 1829, pese a lo cual esta regulación no influyó para nada en el Proyecto de 1851, ni en los posteriores anteproyectos de Código civil, ni en éste mismo: existen en el tema dos tradiciones paralelas —la mercantil y la civil— que hasta ahora no se han conectado.

(14) Conexión que, por lo que conozco, nadie ha señalado claramente en nuestra doctrina. Curiosamente, Díez Cruz, que acaso presupone esta conexión, parece inclinarse, contra el claro tenor de los artículos 875 a 877, por una idea de «separación bilateral» en la entrega del legado genérico. *Vid.* del autor, *Los legados*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, págs. 111-112. Como muestra de la incoherencia de la doctrina en estos temas pueden verse las opiniones de ALBALADEJO y de Díez PICAZO y GULLÓN. *Vid.* del primero, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 7.ª ed., 1983, págs. 46-47 y su comentario a los artículos 858 a 891 en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por él mismo, tomo

El artículo 877 del Código, en efecto, al declarar irrevocable la elección por quien pueda hacerla de la concreta cosa que va a ser legada y que sólo genéricamente se mencionó por el testador, presupone sin duda, siendo el heredero el elector, que, ya que éste no podría modificar voluntariamente la situación y cumplir el legado entregando cosa distinta (15), tampoco deberá poder obligársele a dicho diverso cumplimiento en el caso de pérdida fortuita de la cosa elegida que seguía en su poder (16). Y esto, ya se explique por considerar la elección como una «separación unilateral» suficiente para especificar la obligación genérica y excluir el juego de la regla *genus nunquam perit*, ya por la consideración de que, desde la elección, el legatario había adquirido la propiedad de la cosa (17).

Este precepto contenido en el artículo 877 no tiene, como tampoco el artículo 1.133, precedente en el Proyecto de 1851, y fue introducido, lo mismo que este precepto relativo a las obligaciones alternativas, por el Proyecto de 1882 a 1888: traducido aquél literalmente del artículo 1.830 del Código portugués antiguo, que tenía, a su vez, su antecedente remoto en las reglas de D. 33.5.19 y 20 (18).

Este es el origen del artículo 877, que es precepto decisivo en nuestro tema. Pero para justificar esto último, se hacen precisas algunas puntualizaciones sobre dicho precepto.

XII, vol. 1.º, EDESA, 1981, págs. 242-243. De los segundos, *vid. Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., 1983, pág. 208, y vol. IV, 3.ª ed., 1983, pág. 529.

En la doctrina italiana, ha señalado la conexión entre la regulación genérica de las obligaciones genéricas y la de los legados, GROSSO, Giuseppe, *Note in tema di obbligazione generica*, *Rivista di Diritto civile*, 1956, págs. 610 y 613. Y en la doctrina alemana *vid. KIPP, Derecho de sucesiones*, vol. 2.º, Barcelona, 1951, pág. 160.

(15) En esto está acorde la doctrina y lo ha declarado también la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1904, que comentaré en el último epígrafe de este trabajo. En cuanto a la doctrina, véase ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDESA, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 242-243 y 213 a 215.

(16) Esta conexión entre la irrevocabilidad de la elección y el momento de terminación del *ius variandi* ha sido señalada por RAMS ALBESA para las obligaciones alternativas. *Vid. Las obligaciones alternativas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 280 a 284.

(17) Vuelvo poco más abajo en el texto sobre esta doble posibilidad de explicación del legado genérico. Obsérvese que para la afirmación que hago en el texto nos basta considerar que del artículo 877 se deriva una irrevocabilidad de la elección desde que ésta haya llegado a notificarse o conocerse por el destinatario: acaso también pueda admitirse, con todo, que incluso existe irrevocabilidad de la elección desde el mismo momento en que ésta ha sido realizada. Sobre este último aspecto, que sí resulta dudoso, vuelvo también en el texto más adelante.

(18) Según el artículo 1.830 del Código portugués de 1867: «*Se o herdeiro, ou o legatário, não puder fazer a escolha, nos casos em que lhes é atribuída, passará este direito aos seus herdeiros; mas, feita ela, será irrevogável*». Utilizo la decimo-primer edición oficial de dicho Código, editada en Lisboa en 1924 por la «Imprensa Nacional».

Fuera de la noticia que sobre este precedente da PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, el mismo ha pasado totalmente desapercibido a nuestra doctrina. Véase la anotación de dicho autor al artículo 862 del Proyecto de 1882-1888, en *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, Centenario de la Ley del Notariado, pág. 265.

En efecto, nótese, en primer lugar, que podría parecer que el artículo 877 se refiere sólo a la elección realizada por los herederos del facultado para elegir, pero no a la de éste, quien, en la hipótesis del precepto, precisamente no podría hacer la elección. Incluso el adverbio «pero», utilizado por el legislador, podría pensarse que sugiere una interpretación *a contrario* del inciso final del precepto, según la cual se admitiría el paso a los herederos de la facultad de elegir, pero modificada: precisamente en cuanto irrevocable y porque la elección normal del facultado para elegir se presupondría revocable. O sea, según esto, se desprendería del artículo 877, interpretado *a contrario*, la normal imposibilidad de una especificación unilateral y previa al cumplimiento para las obligaciones genéricas originadas en un legado.

Pero dicha interpretación del artículo 877 tiene en contra la *ratio* de la irrevocabilidad de la elección, que concurre exactamente igual cuando hayan elegido los herederos del facultado para elegir que cuando sea éste mismo quien ha elegido, así como los antecedentes históricos y la misma interpretación gramatical.

En efecto, en cuanto a los antecedentes históricos, hay que recordar que la transmisión *mortis causa* de la facultad de elegir y la irrevocabilidad de la elección son dos ideas claramente distintas, recogidas, respectivamente, en los párrafos 19 y 20 del título 5.º del libro 33 del Digesto, y que el legislador portugués de 1867 refundió un tanto forzosamente en la fórmula del artículo 1.830 de aquel Código, que ha pasado, literalmente traducida, al artículo 877 de nuestro Código. Por lo demás, la irrevocabilidad va referida en el texto romano más bien a un legado alternativo (elección de los manteles que quiera el legatario, parece, de entre los que tenga el testador al morir), y también en el artículo 1.830 del antiguo Código portugués la irrevocabilidad se relaciona con seguridad con el legado alternativo, al que se refería el artículo 1.829, y sólo dudosamente con el legado genérico (arts. 1.827 y 1.828 de aquel Código). Como se ve, la situación se invierte en el Código español, en el que el artículo 877 sólo se puede referir con seguridad a los legados genéricos, y más dudosamente, en la sistemática del Código, a los legados alternativos (19).

En cuanto a la interpretación gramatical del artículo 877, también cabe defender —sobre todo a la luz de los antecedentes históricos que acabo de recordar— que, al aparecer los dos incisos del precepto separados por un punto y coma (no sólo por coma) e iniciarse el segundo con la palabra «pero», quiso en realidad decir el legislador que, una vez hecha la elección por la persona facultada para ello, dicha elección será irrevocable. Irrevocable, por tanto, para el mismo facultado para elegir que ha elegido ya, y, como consecuencia, también para sus he-

---

(19) Hay que advertir que en el antiguo Código portugués la irrevocabilidad de la elección realizada en una obligación alternativa se derivaba sólo del artículo 1830, pero no de los artículos específicamente dedicados a la obligación alternativa (arts. 733 a 738), a diferencia de en nuestro Código en el que contamos con el artículo 1.133.

rederos, a los que no pasa entonces el derecho a elegir, y por eso el «pero» de la frase final del precepto.

O sea, que, pese a la redacción oscura del artículo 877, parece que puede afirmarse que establece con generalidad la irrevocabilidad de la elección para todos los legados genéricos.

Otra posible objeción a dicha idea sería la de que, literalmente, parece el precepto vincular las consecuencias jurídicas que establece sólo a la hipótesis de «haberle sido concedida» (por el testador, habría que entender) la elección al facultado para realizarla; pero que quedarían fuera del precepto los supuestos de facultad de elegir atribuida por la ley (art. 875-3.º) a falta de atribución por el testador.

El que el anterior artículo 876 se refiera, en efecto, a elección de jada expresamente por el testador al heredero o legatario, parecería dar un cierto fundamento a esta posible objeción, que no lo tiene realmente, como ha puesto ya de relieve el profesor Albaladejo (20).

En efecto, como advierte este autor, no tendría sentido pensar que, en el caso de elección *ex art. 875-3.º*, los herederos del facultado para elegir que murió sin hacerlo pudieran perder ese derecho, ni tendría sentido pensar que en un tal supuesto el derecho a elegir pasase a la otra parte; además de que, aunque el artículo 877 no estableciera la transmisibilidad *mortis causa* del derecho a elegir, dicha solución se derivaría igualmente de las reglas generales sobre transmisibilidad de los derechos (art. 1.112).

Y todavía podríamos añadir a estos buenos argumentos del profesor Albaladejo la invocación de la *ratio* de la norma, que no inclina a distinguir entre elección concedida por el testador y elección atribuida por la ley; y el precedente portugués del artículo 877, en el que se decía «nos casos em que lhes é atribuída» (art. 1.830), refiriéndose con toda seguridad también al supuesto de elección *ex lege*, precisamente recogido en el anterior artículo 1.829 de aquel Código.

Volviendo ahora a la incidencia del artículo 877 en nuestro tema de la determinación del momento preciso de la especificación de una obligación genérica, hay que considerar, como he adelantado poco más arriba, que dicha incidencia resulta diferente según se admita el carácter obligacional o, por el contrario, real de la eficacia de un legado genérico.

En la doctrina italiana de los primeros años treinta, Gangi defendió, con extensas argumentaciones, la eficacia real de los legados genéricos y de los alternativos en el Código italiano de 1865, sin conseguir, en general, convencer a la doctrina italiana; y también para el nuevo Código italiano ha sostenido la misma opinión, aparte del propio Gangi, Enrietti, en 1964 (21).

(20) En su comentario a los artículos 875 a 877 en los *Comentarios de EDERSA* citados, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 241-242.

(21) Véase GANGI, *La successioni testamentaria*, Milano, 1952, vol. II, páginas 124 y ss.; también en «*I legati*», vol. II, Padova, 1932, pág. 11; ENRIETTI, *Le due categorie del legato di genere con particolare riguardo al legato di cosa generica da prendersi dal patrimonio del testatore*, en *Vita notarile*, 1964, páginas 477 y ss. Ambos autores citados por CRISCUOLI, Giovanni, *Le obbligazioni*

Para Gangi, cuya opinión ha sido minuciosamente criticada por Criscuoli (22), tenía eficacia real un legado genérico o alternativo, cuando el género o las posibles prestaciones alternativas hubieran de tomarse del patrimonio hereditario (no en otro caso). En dichos supuestos, según Gangi, en el momento de la apertura de la sucesión nacía para el legatario un «derecho real a la adquisición de la propiedad de la cosa legada», y, a la vez, un derecho de crédito a cuya prestación correspondía solamente la entrega de la simple posesión de la cosa; y en el momento de la individualización o especificación de la concreta cosa elegida se realizaba el resultado definitivo de la adquisición directa e inmediata de la propiedad sobre ella por el legatario, incluso con efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión.

En la doctrina española, aunque no falta algún autor que suponga realizada la adquisición de la propiedad para el legatario desde el instante mismo de la especificación (por elección unilateral) del legado genérico (23), la mayoría de los autores, aunque sin detenerse en la cuestión, afirman el carácter puramente obligacional del legado genérico (24), y suponen que el legatario sólo adquiere la propiedad de la cosa con la entrega de la misma (25).

En mi opinión, la remisión del artículo 874 al régimen genérico de las obligaciones alternativas hace necesario configurar, en principio, el legado alternativo como de eficacia obligacional (26). Pero, en cuanto al legado genérico, la falta de un precepto similar; el sentido del precedente romano del artículo 877 (D. 33.5.19 y 20, en que la causa de

---

*testamentarie*, Ristampa inalterata, Università di Palermo, Milano-Giuffrè, 1975, pág. 94, nota 6.

Una noticia incompleta sobre estas opiniones había dado ya entre nosotros GARCÍA CANTERO, en *Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil*, RCDI, 1973-2.º, pág. 801.

(22) Quien, con todo, recordando el artículo 1.378 del vigente Código italiano, admite que con la especificación se consigue siempre directamente el efecto real de la adquisición de la propiedad sobre la cosa individualizada, en el caso en que ésta pertenezca al patrimonio del gravado. Véase *Le obbligazioni testamentarie*, citado, págs. 93 a 103 y especialmente pág. 101. Véase también la explicación (diversa de la de GANGI) de GROSSO, *Efficacia diretta ed efficacia obbligatoria del legato*, Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ., 1954, pág. 8.

(23) Véase, por ej., TRAVIESAS, *Legados*, RDP tomo XVIII, enero-diciembre de 1931, págs. 179 y 184; también mi maestro, el profesor LACRUZ, en sus notas al *Derecho de sucesiones* de Binder, Editorial Labor, S. A., 1953, pág. 320.

(24) CRISCUOLI llega a presentar como segura esta opinión para el Derecho español, sin razón, en mi opinión, según explico en el texto poco más abajo. *Vid.* del autor *Le obbligazioni testamentarie*, citado, pág. 99. Véase también, en el sentido indicado, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, 1963, pág. 391; GARCÍA CANTERO, *Ensayo de una clasificación de los legados...*, RCDI, 1973, 2.º, pág. 801; ALBALADEJO, comentario a los artículos 875 a 877 en los *Comentarios* de EDERSA, citados, tomo XII, vol 1.º, 1981, pág. 240.

(25) Véanse las opiniones de GARCÍA CANTERO y ALBALADEJO en los lugares citados en la nota anterior. Por lo demás, como afirma DE LOS MOZOS, esa entrega al legatario no es propia tradición: *La adquisición de la posesión en los legados*, ADC, 1962, pág. 919.

(26) Nuestra doctrina no se ha ocupado de este interesante tema, sobre el que nada encuentro en las monografías de DÍAZ CRUZ sobre los legados y de RAMS ALBESA sobre las obligaciones alternativas.

la irrevocabilidad de la elección parece ser la adquisición de la propiedad por el legatario); el hecho de que en el Derecho romano, a partir de cierto momento, llegaran a existir legados genéricos no sólo *per damnationem*, sino incluso *per vindicationem* (Gayo; Inst. 2.196) (27); y el tenor de los artículos 609, 657, 882 y 877, acaso permiten cuestionar la solidez de esta afirmación de la opinión común de ser meramente obligacional la eficacia del legado genérico que pueda especificarse en una cosa del patrimonio hereditario. El tema merece una investigación, que no está hecha en nuestra doctrina, y que, por su considerable complejidad, he renunciado a realizar en este trabajo.

Sin embargo, sea cual fuere la explicación que se acepte sobre la eficacia del legado genérico, siempre quedará, y es lo que interesa en el presente trabajo, que del artículo 877 cabe deducir un importante argumento en favor de la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento. Si se considera que el legado genérico tiene eficacia obligacional (o, aun en caso contrario, para cuando la tenga) hay que pensar que el propio artículo 877 establece, para el caso muy importante que regula, un supuesto de especificación unilateral —así se considera, sin duda, a la elección— y previa al cumplimiento. Si se considera, en cambio, que el legado genérico puede tener normalmente eficacia real, podría argumentarse que, puesto que una elección unilateral y previa a la consumación del legado puede transmitir no sólo los riesgos (28), sino propiamente la propiedad de la cosa, *a fortiori* (o, al menos, por analogía) también tendrá que ser posible para las obligaciones genéricas la normal posibilidad de una especificación unilateral y previa al cumplimiento.

En cuanto al momento preciso en que la elección produce la irrevocabilidad de la misma o, lo que verosímelmente viene a coincidir con esto, en que produce la especificación, cabe la duda de si es el momento mismo de realizarse la elección, o sólo el momento en que haya sido notificada eficazmente dicha elección a su destinatario (el legatario, para nosotros). La letra del artículo 877 («una vez hecha la elección») apunta a lo primero, pero Albaladejo ha defendido lo segundo (29), muy razonablemente en mi opinión.

---

(27) Véase la explicación al respecto de BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955, págs. 434, 438 y 440.

En el Derecho romano clásico la elección correspondía al legatario en el legado *per vindicationem* y al heredero en el legado *per damnationem*, pero Justiniano refundió ambas clases de legados y atribuyó siempre la elección al legatario, salvo que otra cosa resultase de la voluntad del testador. Véanse: ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 16 ed., 1981, núm. 354, pág. 806; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, I, 2.ª ed., 1982, págs. 579-580; GROSSO, *I legati*, I, G. Giappichelli Editore, Torino, s. f., págs. 333 y ss.

(28) Sobre los frutos véanse artículos 884 y 1.095, cuya interpretación ha suscitado dudas a la doctrina. Véase la amplia explicación de ALBALADEJO sobre el tema, quien, con otros varios autores muy autorizados, considera que los frutos corresponden al legatario desde la especificación: Comentario al artículo 884 en los *Comentarios* citados de EDERSA, tomo XII, vol. 1.º, 1981, págs. 301 a 310.

(29) En los comentarios a los artículos 874 y 875 a 877 de sus *Comentarios*

Albaladejo invoca una consideración realista de los intereses en juego, el espíritu de la ley, y la naturaleza de la elección, que es una declaración unilateral y recepticia, a la que es razonable aplicar, por tanto, la solución de los artículos 1.133 y 1.136-1.º (30).

Me parece, en efecto, justificada la aplicación analógica de estos artículos al legado genérico, por las razones que se verán en el cuarto epígrafe de este trabajo; y todavía cabe recordar, en el mismo sentido, que el precedente portugués del artículo 877 (art. 1.830) sabemos que estaba pensado también para el legado alternativo, y quizá incluso sólo para éste, por lo que, aunque referido ahora el precepto al legado genérico en nuestro Código, parece que es razonable extender a este último el criterio de los artículos 1.133 y 1.136-1.º sobre obligaciones alternativas, criterio con el que no contaban en el Código portugués de 1.867 (arts. 733 a 738).

### III) LA CUESTION EN LA COMPRAVENTA DE COSAS FUNGIBLES CON PRECIO FIJADO *AD MESURAM*

#### a) *Aplicabilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas genéricas:*

Algunos de los autores que mayor esfuerzo han hecho por aclarar ya el problema de la especificación de las obligaciones genéricas, ya el significado del artículo 1.452, han defendido que este último artículo no se refería en realidad a aquel problema (31). Así lo han sostenido, en efecto, Cossío, desde una preocupación preponderante por el tema de los riesgos en la compraventa (32), y Díaz Pairó, en uno de sus intentos de explicación del tema de la especificación de las obligaciones genéricas (33). Voy a iniciar por esto mi explicación sobre el artículo 1.452 comentando y criticando estas autorizadas opiniones (34).

Según el citado artículo: «Esta regla —la regla *periculum est emptori* según la mayoría de la doctrina y nuestro Tribunal Supremo— se

---

de EDERSA citados, págs. 213 a 215 y 242-243. Invoca el autor en apoyo de su opinión, y explicando acertadamente las razones de esta alegación, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1904, a la que me refiero en el último epígrafe de este trabajo.

(30) La consecuencia práctica principal de dicha aplicación o solución es, naturalmente, la revocabilidad de la elección realizada hasta el momento de eficacia de la notificación; incluso, en su caso, si emitida ya la notificación de la elección es luego comunicada su revocación por un medio más rápido.

(31) Así, aparte de Cossío y Díaz PAIRÓ, citados a continuación, pueden verse: ESPÍN, *Manual...*, vol. III, 1983, pág. 62; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, pág. 137; SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 658. A PUIG PEÑA, en cambio, le parece el artículo 1.452 del Código el único precepto que se refiere a nuestro problema: *vid. Compendio de Derecho civil*, tomo III, 1972, pág. 115.

(32) En su artículo *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, ADC, 1953, págs. 597 a 621.

(33) *Vid.* su *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 3.ª ed., La Habana, Editorial «lex», 1954, págs. 61 a 66.

(34) En esta explicación que propongo del art. 1.452 presupondré, siguiendo la opinión común entre nosotros, que *periculum est emptori*.

aplicará a la venta de cosas fungibles hecha isladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida». Y, en párrafo aparte, continúa diciendo el artículo: «Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Como decía, contra la opinión corriente de nuestra doctrina y la opinión de nuestro Tribunal Supremo (35), Cossío ha sostenido que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.452 no se refieren a la compraventa genérica, sino a ventas específicas con perfecta individualización del objeto y con fijación del precio *ad mesuram* (36). Según el ejemplo propuesto por García Goyena para el 2.º párrafo: te compro todo el trigo de tu granero o el vino de tu bodega por mil duros. Y según el ejemplo propuesto para el párrafo 3.º: te compro todo el trigo de tu granero o el vino de tu bodega a tanto la fanega de trigo o cántara de vino. Y lo mismo caería bajo el párrafo 3.º, según García Goyena, el siguiente ejemplo: te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales. Aclaraba el autor que «aunque materialmente suene un solo precio... se reputa este precio como el total o suma del que se ha dado a cada fanega» (37). Y todavía cabe, como nota Cossío, otra posibilidad: te vendo (por precio cierto, se entiende) cien fanegas del trigo que se encuentra en mi granero. Este último ejemplo, según Cossío, constituiría un tipo especial a la vez distinto de la venta *ad mesuram* y de la venta genérica, y próximo a la venta alternativa, al menos a efectos de riesgos (38).

Pues bien, según Cossío, en ninguno de estos casos estamos ante ventas genéricas, por lo que el artículo 1.452 no es aplicable a éstas, que quedan sin una regulación directa en nuestro Código, tanto en cuanto al tema de transmisión de los riesgos, como en cuanto al tema de la especificación de dichas obligaciones genéricas. En particular, afirma el autor que ningún precepto exige la intervención del acreedor en estas operaciones de individualización, «aunque parece lógico exigir le sean debidamente notificadas» (39).

Según Cossío, en definitiva, nuestro Código, inspirado en una idea romana, se basa en el sistema o principio denominado de la perfección, y parte de la base de que los riesgos se trasladan al comprador a partir del momento en que nace la obligación de entregar la cosa vendida, obligación que ordinariamente es simultánea a la perfección del contrato, y así ha de presumirse, salvo prueba en contrario. Explica el autor que, como en el texto de Gayo contenido en D. 18.1.35.5 y 6, en el

---

(35) Véanse en CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, ADC, XXXV, abril-junio de 1982, págs. 335 y 336.

(36) En su *Transmisión de la propiedad...*, cit., págs. 612 a 617.

(37) Vid. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852 hecha en Zaragoza, 1974, pág. 731.

(38) A mí me parece que una venta así sería más bien, en principio, genérica limitada. Véase también CAFFARENA, parece que en esta dirección: *Genus...*, páginas 351 a 354.

(39) Vid. *Transmisión de la propiedad...*, pág. 617.



artículo 1.452 «hasta que se haya determinado el precio, no existe la obligación de entrega, ni es ésta posible, por tanto, hasta llevar a cabo la mensura, por lo que, aplicando la regla general, tampoco puede producirse, hasta ese momento, la transmisión de los riesgos al comprador».

En las ventas genéricas, aunque admite el autor una individualización llevada a efecto por el vendedor (separación «unilateral» como punto de partida), piensa que no produce la misma automáticamente el desplazamiento de los riesgos al comprador, sino que habrá que atender, habiendo ya devenido específica la venta por la individualización, «a si ha surgido o no con la individualización la obligación de entrega, pues sólo en el primer caso habremos de estimar, según la general doctrina, tras pasados los riesgos al comprador». Como se ve, partiendo más bien de una idea de posible especificación unilateral de la obligación genérica, la explicación de Cossío tiene en realidad un carácter intermedio entre la formulación pura de aquella teoría y la teoría de la llamada especificación bilateral (40).

Caffarena (41), tras una consideración muy detenida de los argumentos históricos y de Derecho vigente ofrecidos por Cossío, ha criticado la idea de este autor de que el artículo 1.452, párrafo 3.º, no se pueda referir a las compraventas genéricas: en su opinión, por el contrario, la letra del precepto permite incluir en él tanto la compraventa de un todo con precio *ad mesuram*, como la compraventa genérica. Sin embargo, a la hora de determinar los efectos que según el artículo 1.452, párrafo 3.º, habría de tener la imputación de los riesgos al vendedor distingue entre venta en bloque por precio *ad mesuram*, venta genérica y venta de género limitado.

En el primer caso, según Caffarena, el perecimiento *ante mesuram* de las cosas componentes del bloque implicaría por aplicación del artículo 1.182 la liberación del vendedor pero perdiendo su derecho al precio. En el segundo caso, el de la venta genérica, lo que hay normalmente es que no cabe imposibilidad de cumplir: o sea, que no es que el vendedor sea titular del riesgo en sentido técnico jurídico, sino acaso sólo en sentido económico. En el tercer caso, el de la venta de un género limitado, el perecimiento total de éste antes de la individualización supone que el vendedor queda liberado de su obligación pero perdiendo también el derecho al precio. Vuelvo muy poco más abajo sobre toda esta explicación de Caffarena.

Por su parte, y coherente con su interpretación del artículo 1.452, pensaba Cossío (42) que, por aplicación de su párrafo 3.º, el comprador no moroso no tiene el riesgo *ante mesuram* en la venta en bloque con

(40) Por lo demás, esta posición original de Cossío, basada en una idea romano bizantina, no ha encontrado eco en la doctrina. Algunos autores la han criticado expresamente: *vid.* ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 314 y ss., y especialmente páginas 322-323. También GARCÍA CANTERO, en su comentario al art. 1.452 en los *Comentarios de EDESA*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIX, 1980, págs. 74 y ss. y, sobre todo, pág. 83.

(41) *Vid.* *Genus nunquam perit*, págs. 335 a 342 y 343 a 354.

(42) *Vid.* *Transmisión de la propiedad...*, pág. 614.

fijación del precio *ad mesuram*, porque, no habiéndose llegado a determinar el precio, no existe todavía la obligación de entregar y tampoco, por ello, se han podido transmitir los riesgos al comprador. A la inversa, en caso de aplicarse el párrafo 2.º del artículo 1.452, como el precio está fijado desde el principio, los riesgos se habrían transmitido también desde el principio al comprador. La razón de la diferencia entre que en el caso del párrafo 2.º tuviera en su caso el comprador que pagar el precio y en el caso del párrafo 3.º no tuviera que pagarlo, sería, según Cossío, en última instancia, la determinación o no del precio de una masa ya individualizada.

Esta explicación me parece equivocada porque la verdadera razón de la diferencia entre los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.452, la razón a la vez más simple y más convincente de dicha diferencia es el que la peculiar fijación del precio «con relación al peso, número o medida» hace presumir al legislador, salvo que otra cosa resulte claramente de la interpretación negocial, que la venta se consideró como genérica por las partes. A la inversa, la venta hecha aisladamente por un solo precio, «o sin consideración a su peso, número o medida» se presume venta específica por el legislador, aunque se trate de cosas fungibles (43). La verdadera razón de la diferencia de regulaciones entre los párrafos 3.º y 2.º del artículo 1.452 es que mientras en el uno juega el principio *genus nunquam perit*, en el otro no.

Nótese, en efecto, cómo en una venta de las hechas «aisladamente» con precio fijado *ad mesuram* el riesgo de perecimiento podría ser susceptible de imputación al comprador aunque dicho perecimiento se hubiera producido *ante mesuram* y antes de haberse llegado a determinar el precio debido: podría obligarse a pagar al comprador un precio determinado aproximativamente (o incluso exactamente, en muchos casos) a partir de los despojos de las cosas pericidas. O sea, cabría aplicar la regla *periculum est emptori* y obligar al comprador a pagar un precio calculado *a posteriori* a base de, simplemente, contar los pollos o los cerdos ahogados o muertos por la epidemia en el concreto corral, o de calcular, mediante peritaje, la cantidad de trigo que habría en el granero a partir de las cenizas residuales del incendio..., etc. El precio a fijar *ad mesuram*, al fin, era cierto (cfr. arts. 1.447 a 1.449) y la dificultad para determinarlo *a posteriori* no será sino una mera dificultad de prueba. Y siendo esto así, aparece claro que la razón de la diferencia decisiva de regulación entre el párrafo 3.º y el párrafo 2.º del artículo 1.452 no puede ser otra, como decía antes, que el carácter genérico o no de la obligación del vendedor. El Código parece tomar la circunstancia de una fijación del precio *ad mesuram* como indicio del carácter genérico de la obligación y como medio indirecto de fijación de la calidad y caracteres del género.

Y llegados a este punto es cuando vemos el interés real que pre-

---

(43) GARCÍA GOYENA refiere las dudas en el tema de los autores del Derecho común y da una explicación que parece coherente con lo que aquí afirmo. *Vid. Concordancias...*, pág. 731.

senta el artículo 1.452, párrafo 3.º, para el tema de la determinación del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas. Interés, por cierto, que no se ve afectado por la duda de si alcanza o no el precepto en cuestión a todas las ventas genéricas: en efecto, incluso entendiendo limitado el ámbito del precepto, del modo que señaló como defendible en el siguiente subepígrafe, a las ventas hechas aisladamente con precio fijado *ad mesuram*, hay que afirmar que se refiere a un supuesto de obligaciones genéricas y que da un criterio (o debe armonizarse con él, cuando menos) sobre el problema de la determinación del momento de la especificación de las mismas.

La explicación que ofrezco en lo precedente sobre la *ratio* del artículo 1.452, párrafo 3.º, me parece que hace también injustificada la opinión de Caffarena antes expuesta, según la cual el autor, después de aceptar que la venta en bloque o hecha aisladamente y con fijación de precio *ad mesuram* está incluida bajo dicho artículo 1.452, párrafo 3.º, considera en cambio que en ella el vendedor quedaría liberado en su caso *ex art.* 1.182, aunque perdiendo el derecho a la contraprestación del precio. O bien, podríamos decir que, puesto que este autor considera específica esta venta, como el vendedor no habría realizado la *mensura* de las unidades de su corral, almacén, depósito, etc.... «perdería» el derecho al precio que, de haberla realizado, le hubiera correspondido. En mi opinión, no ocurriría así, sino que, presumiendo el Código que dicha venta es genérica, habría de entenderse, salvo que la interpretación negocial mostrase claramente el carácter específico de la venta, que jugaba el principio *genus nunquam perit* y que el vendedor no quedaría liberado (44). Y cuando la interpretación negocial mostrase claramente el carácter específico de la venta, la no realización previa de la *mensura* no debería privar al vendedor del derecho al precio sin contraprestación por su parte, porque, aunque de discutible racionalidad, tal es la regla que admitimos como vigente en cuanto al tema de los riesgos en la compraventa (párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.452).

Y el mismo planteamiento habría que mantener si la venta con fijación de precio *ad mesuram* recaía sólo sobre parte del contenido de una masa determinada (te vendo cien fanegas del trigo de mi granero a tanto la fanega, con el ejemplo antes utilizado). O sea: salvo que la interpretación negocial mostrase claramente que se había querido contraer por el vendedor una obligación genérica limitada, aquella venta habría de considerarse creadora de una obligación genérica normal, a la que no afectaría la pérdida fortuita y sobrevenida de toda la masa de-

---

(44) Ya he afirmado que parece confirmar esto la opinión de GARCÍA GÓYENA: véase la nota anterior. Por otra parte, no es argumento en favor del carácter específico de la venta en bloque con fijación de precio *ad mesuram* el que el art. 1.452, pár. 3.º, utilice el término «riesgo», que no lo habrá en sentido técnico si la obligación es genérica: de alguna forma había que decir lo que el precepto quiere decir y el propio CAFFARENA admite que, en su caso, el «riesgo» a que alude este precepto es meramente la no liberación del obligado a consecuencia de que el género no perezca. *Vid. Genus nunquam perit*, págs. 344-345.

terminada (45). Pero, salvo esto, en ningún caso el párrafo 3.º del artículo 1.452 establece para ventas específicas la regla contraria a que *periculum est emptori*.

Otro de los autores que, como Cossío y según adelantaba ya al inicio de este subepígrafe, ha negado la utilidad del artículo 1.452, párrafo 3.º, para el tema de la especificación de las obligaciones genéricas es Díaz Pairó (46). Este autor, después de advertir que el precepto en cuestión es «uno de los más oscuros del Código», explica: «a mi juicio, la regla no se refiere al supuesto regular de la venta de cosas genéricas, sino al caso especial en que esa venta se hace de tal forma que el objeto del contrato está perfectamente individualizado (y por esto puede darse la contingencia de la pérdida —y provecho— y el planteamiento del problema de la carga del riesgo), pero no así el precio para la fijación del cual (no de la cosa vendida) se requiere el conteo, la medida, etc.; esto es, el mismo supuesto de la llamada venta por *aversionem* o en bloque a que alude el párrafo 2.º con la expresión «venta de cosas fungibles hecha aisladamente», una de cuyas variedades se regula en dicho párrafo 2.º y la otra en el citado párrafo 3.º. Siendo esto así, no cabe hablar en este caso de separación de cosas del género pues ya está hecha, ni argüir del mismo para admitir en las ventas de cosas genéricas la posibilidad de su separación. Hay que advertir por otra parte que, aun identificado el pesar, contar o medir con el separar, el precepto nada dice, respecto de cuándo y cómo procede hacer tal operación».

Esta explicación, como se ve, se encuentra próxima a la que había defendido Cossío en algunos de sus puntos: para ellos puede bastar con la crítica ya realizada a la opinión del fallecido profesor español: en cuanto a las otras razones esgrimidas por Díaz Pairó para afirmar la irrelevancia del artículo 1.452 en nuestro tema, me remito a la crítica de ellas que cabe inferir de la explicación del precepto intentada en el subepígrafe que viene a continuación.

b) *Indagación sobre el criterio contenido en el art. 1.452, pár. 3.º*

De entre los autores de la doctrina española que se han referido a nuestro tema parece que sólo Pérez González y Alguer (47) han querido apoyarse en el artículo 1.452, párrafo 3.º, y lo han hecho con considerable precaución. En efecto, tras transcribir el mencionado precepto, afirman: «de ahí pudiera inferirse que al menos en cuanto al supuesto que regula el artículo 1.452, apartado 3.º —y nada se opondría a extenderlo por analogía a otros— el Código acepta al parecer la doctrina de la separación». Pronunciamiento ciertamente vago y que,

(45) Incluso parece que podría verse en el artículo 1.452-3.º la idea de que en las obligaciones genéricas la existencia de un género limitado no se presume y debe estar claramente establecida. Véase también, acaso con la misma significación, el párrafo 1.º del artículo 875.

(46) *Vid. Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 1954, págs. 65-66.

(47) En las notas al *Derecho de Obligaciones*, vol. I, de ENNECCERUS, traducido por ellos mismos, 1953, págs. 35-36.

como indica Díaz Pairó (48), merece un mayor desenvolvimiento, que voy a intentar en las páginas siguientes.

Para clarificar el sentido de este artículo 1.452, párrafo 3.º, me parece útil empezar considerando la peculiar unión que realiza el precepto entre su afirmación general («riesgo» al comprador sólo desde que «se hayan pesado, contado o medido» las cosas) y la salvedad o excepción final para el caso en que el comprador se haya constituido en mora.

Esta unión de dos ideas bastante distintas en un mismo precepto podría parecer, en una primera aproximación, errónea o debida a una técnica muy defectuosa; fuente, en definitiva, de la oscuridad o difícil interpretación del precepto. Sin embargo, si bien se mira, la atribución de los riesgos al acreedor (comprador) por *mora accipiendi* debe funcionar siempre como salvedad o excepción a una regla general contraria de atribución de los riesgos al deudor, como también en el artículo 1.185, por lo que es acertada en principio la conexión de la idea de la sanción a la mora del acreedor con el párrafo 3.º del artículo 1.452, único en que se contempla un supuesto de no liberación del deudor-vendedor, mientras que hubiera resultado sin sentido o innecesaria la mención de dicha idea en relación con los párrafos 1.º ó 2.º del repetidamente citado artículo 1.452.

Pero esta afirmación, a la vez que nos muestra la relativa racionalidad del precepto contenido en el párrafo 3.º, pienso que nos muestra también su flanco delicado, puesto que la no liberación del deudor-vendedor como consecuencia de que el género no perece no es exactamente una imputación del riesgo en sentido técnico a dicho deudor-vendedor (o sea: como imposibilidad sobrevenida inimputable de realizar la prestación concretamente debida) (49), y esto es lo que produce la dificultad y, en particular, complica considerablemente la interpretación del precepto en cuanto a su incidencia en el tema del momento preciso de la especificación de una obligación genérica.

En efecto, podemos preguntarnos con justificada perplejidad sobre qué mora o qué riesgo son los aludidos en el precepto y anteriores (50) a la especificación de la obligación genérica.

En cuanto a la mora, si pensamos que el precepto se refiere a la del acreedor (comprador), sólo parece que pueda entenderse producida si el mismo se había comprometido a reunirse con el vendedor para realizar con él, simultáneamente, la especificación y el cobro (51). Pero no resulta fácil admitir que el precepto presuponga esto como lo normal y necesario y, no admitiéndolo, la mora como acreedor del comprador

(48) *Vid. Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 1954, pág. 65.

(49) La precisión puede verse realizada también en CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, págs. 344-345.

(50) Obsérvese que la fórmula gramatical empleada por el precepto que estudiamos (no... hasta que... a no ser que...), no permite en absoluto ponerlo en duda.

(51) Lo que, ciertamente, y como han puesto de relieve DÍEZ PICAZO y GULLÓN, tendría el importante precedente de la ley 24, título V, Partida 5.ª. *Vid. Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 1983, pág. 376.

sólo parece que tiene sentido no sólo tras la especificación de la obligación genérica, sino también tras la puesta a disposición de las cosas del género elegidas y el consiguiente ofrecimiento de pago.

¿Será, entonces, la mora del comprador mencionada en el párrafo 3.º del artículo 1.452 la mora en que el mismo haya podido incurrir en cuanto deudor del precio al vendedor y presuponiendo el precepto que en los casos en que dicho pago del precio se había pactado como previo a la entrega de las cosas? (52).

Esta consideración proporcionaría una salida fácil al intérprete, puesto que el precepto habla de mora del comprador, sin más distinciones, y a la vez de una mora anterior a la especificación de la obligación genérica del vendedor. Sin embargo, no me parece aceptable porque parece claro que ni histórica ni actualmente, ha ido en esa dirección la mente del legislador, que no ha pretendido nunca establecer entre las dos obligaciones recíprocas conexión tan compleja y de tan oscura justificación (53).

Y en cuanto a la posibilidad de la existencia de un riesgo en sentido técnico y anterior a la especificación de la obligación genérica, que también parece presuponer el párrafo 3.º del artículo 1.452, ya hemos visto anteriormente (54) que ello sólo parece posible en cuanto a ventas de las «hechas aisladamente» (párrafo 2.º del art. 1.452), en la medida en que suponen una cierta o mínima separación previa de los objetos genéricos vendidos.

En este punto, parece oportuno abordar ya directamente cuál sea el posible sentido y significación del precepto estudiado (art. 1.452, párrafo 3.º), que, en mi opinión, deberá estar entre dos posibles interpretaciones contrapuestas, ambas apoyadas en sólidos argumentos.

En primer lugar, cabe reconocer una imputación del riesgo al comprador moroso anterior a «contar, pesar, o medir» si se entienden estas operaciones como «algo más» que la separación unilateral y oferta de entrega necesarias en principio para que se dé mora del comprador.

Esta parece ser la idea defendida por Díaz Pairó en un primer momento (55). Según este autor, después de reconocer que la primera parte del artículo 1.452, párrafo 3.º, parece sugerir más bien la idea

---

(52) De admitirse así, resultaría curioso que en ningún lugar del Código se utilizaría la palabra «mora» para referirse a la del acreedor, porque la utilización que en dicho sentido hacía de tal palabra el artículo 1.162 del Proyecto de 1851 no llegó a quedar en la versión definitiva del vigente artículo 1.185.

(53) Los antecedentes históricos del artículo 1.452 no sugieren, en efecto, que la mora de que habla el precepto pueda ser referida sólo al comprador como deudor del precio. Díez Pícazo, en fin, ha rechazado también dicha idea: *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol 1.º, Tecnos, 1972, nm. 860, página 723.

(54) Véase lo dicho al criticar la opinión de Cossío.

(55) En la 2.ª edición de su *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, página 48, edición de 1945-1947 en La Habana, libro citado por CASTÁN y que no he podido consultar. *Vid. Derecho civil español, común y foral*, tomo 3.º, «La obligación y el contrato en general», 13.ª ed., 1983, pág. 171. En la 3.ª ed. de la obra de DÍAZ PAIRÓ, de 1954, que es la que cito habitualmente en este trabajo, no aparece ya ese razonamiento del autor.

de la mera separación unilateral, añade: «ahora bien, por la declaración final, conforme a la cual el riesgo sólo pasa al comprador cuando éste se haya constituido en mora, parece que se necesita algo más que el pesar, contar o medir, ya que para la tal mora del acreedor es necesario que llegue la ocasión del pago, que se realice todo lo necesario para ésta, incluso el ofrecimiento efectivo de las cosas; solución que coincide con la propugnada por Ihering y que, de ser la adoptada por el legislador, llevaría al criterio de que las obligaciones genéricas no se especifican más que por la entrega o cumplimiento o por el ofrecimiento de éste en condiciones tales que hagan incurrir en mora al acreedor».

En efecto, obsérvese que el precepto diferencia dos momentos o espacios de tiempo consecutivos: el primero de ellos es aquél en que ya se ha producido la mora del comprador pero todavía no se han «pesado, contado o medido» las cosas fungibles vendidas, y el segundo momento es aquél en que dichas operaciones se realizan. Luego, como la mora ya implica separación (unilateral) de las cosas y ofrecimiento de pago, el «pesar, contar o medir» tiene que ser «algo más» que esto. Pero el intérprete, siguiendo este razonamiento, no parece que pueda llegar a precisar en qué consista este «algo más» que la situación de separación de los objetos que pueda dar lugar a la mora del acreedor comprador. En particular, no parece que sólo con el artículo 1.452, párrafo 3.º, así interpretado podamos llegar a afirmar que en nuestro Derecho las obligaciones genéricas se especifiquen mediante la entrega.

Por lo demás, el precepto, así entendido, debería entenderse referido, puesto que además su letra no distingue y que se contiene en párrafo distinto del anterior, a toda clase de ventas genéricas de bienes fungibles, y no sólo a las ventas «hechas aisladamente» (56). En particular, con esta interpretación, no sólo para estas últimas tendría sentido fácticamente esa idea de «riesgo» excepcional (como sanción) que pueda ser anterior a la misma especificación, sino que también tendría sentido para cualquier venta genérica normal, en tanto que podría considerarse, en caso de mora del comprador, excepcionalmente extinguida la obligación del vendedor, que quedaría liberado y con derecho al precio, como efecto de esta sanción excepcional al comprador, por el perecimiento fortuito de cosas separadas por una separación unilateral

---

(56) En tal sentido, la opinión mayoritaria de la doctrina, *vid.* CAFFARENA, *Genus nunquam perit*, págs. 335 a 342 y en especial, págs. 341-342.

Si se quiere, otra posible interpretación del párrafo 3.º del artículo 1.452 sería la de pensar que dicho precepto, además de recoger una necesidad de especificación mediante «algo más» que una separación unilateral, debería entenderse referido sólo a las «ventas hechas aisladamente». Pero esta interpretación, aparte de lo que indico en el texto, permitirá sumar contra ella muchas de las objeciones que hago en lo que sigue a las dos teorías que considero preferibles. Dicho de otro modo: una vez admitido lo más difícil de admitir (que se especifiquen las obligaciones genéricas mencionadas en el precepto por «algo más» que por una separación unilateral), no tiene sentido concebir el precepto restrictivamente, como se entenderá mejor al leer el resto de este trabajo.

no especificatoria (57). En otras palabras, la idea de la normal «posterioridad» de la especificación a la mora permite, en efecto, mantener que es posible, como parece establecer el artículo 1.452 *in fine*, una imputación del riesgo al comprador por mora suya (retraso en su necesaria colaboración a la entrega por el vendedor) en cualquier caso de venta genérica.

En segundo lugar, y esta sería la segunda de las interpretaciones más arriba anunciadas, cabe pensar que el «pesar, contar o medir» de que habla el precepto puede entenderse en un sentido de posible «separación unilateral» si se entiende que el artículo 1.452, párrafo 3.º, se refiere exclusivamente a las ventas de cosas fungibles «hechas aisladamente», pero no a cualesquiera ventas genéricas, y si se acota con un «en su caso» la salvedad relativa a la mora del comprador incluida al final del artículo. Habría normal posterioridad de la mora a la especificación.

Entonces, el artículo 1.452, párrafo 3.º, podría pensarse que quiere decir que el «riesgo» (en sentido no técnico, en principio) de la compraventa de cosas fungibles no pasaría al comprador hasta que se especificase (unilateralmente, en su caso, y en el sentido de determinar la cantidad exacta y el precio) la obligación genérica (58), pero salvo que hubiese mora del acreedor «en su caso»: en el de haberse pactado el necesario concurso de vendedor y comprador para la especificación y simultáneo pago (59). Habiéndose pactado tal cosa, y no concurriendo sin razón para ello el comprador, le sería imputable el riesgo de las cosas globalmente designadas y pericidas, debiendo calcularse el precio a pagar por él *a posteriori*, contando, pesando o midiendo los despojos de lo destruido, y reconstruyendo de este modo, o por presunciones, el valor de las cosas perdidas.

Como sanción a esta peculiar (anterior incluso a la especificación unilateral) «mora» del comprador, y pese al carácter todavía genérico de la obligación, la pérdida de las cosas individualizadas inicialmente

---

(57) Aquí como se ve, tocamos un punto difícil y poco estudiado en nuestra doctrina: la mora del acreedor. Véase la explicación sobre este punto concreto de BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 295.

(58) En realidad, por aplicación analógica de otros artículos del Código veremos más adelante que el vendedor, para especificar la obligación genérica, debe, además de determinar la cantidad exacta y el precio, notificar su determinación o separación al comprador.

En otro sentido, la explicación del artículo 1.452 ofrecida en el texto debe completarse con lo explicado más arriba al criticar la opinión de CAFFARENA: hasta la especificación actúa el principio *genus nunquam perit*, y no parece que la no realización (previa al pericimiento) de la *mensura* haga perder nunca al vendedor su derecho al precio por la cosa debida y fortuitamente perdida.

(59) Recuérdese el precedente de las Partidas (Part. 5.º, tít. V, ley 24) ya citado. Algunos autores han referido la mora del art. 1.452, en efecto, a las operaciones de contar, pesar o medir: *vid.* COSSÍO, *La transmisión de la propiedad...*, cit., ADC, 1953, pág. 614; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, pág. 320. Pero muchos otros autores piensan en mora como retraso en la recepción por el comprador de la cosa debida: *vid.* BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, 1969, pág. 295; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 376.



designadas y con las que el vendedor se disponía a cumplir, extingue por ley, de modo excepcional (como si la obligación fuera específica), la obligación del vendedor (60), manteniéndose la obligación del comprador de pagar el precio por aplicación de la regla *periculum est emptori*. Esta disposición especial de la ley para el caso de «mora» del comprador sólo tiene sentido con una previa delimitación fáctica de las cosas que pueden perecer, y de ahí que esta segunda teoría o interpretación propuesta para el artículo 1.452, párrafo 3.º, necesite el presupuesto de que el precepto se entienda referido exclusivamente a las ventas de cosas fungibles «hechas aisladamente» (o de entre las de un conjunto determinado), pero no a cualesquiera ventas genéricas.

De estas dos interpretaciones divergentes, una favorable tendencialmente a la llamada teoría de la separación bilateral (al menos: «algo más» que la mera separación unilateral) y otra favorable a la teoría de la separación unilateral, ¿cuál debe prevalecer? La cuestión se presenta ciertamente delicada.

Ante todo, parece útil recordar que ni los autores del Proyecto de 1851 ni el legislador de 1889, como tampoco el legislador mercantil de 1829 ni el de 1885, tuvieron en mente o se preocuparon rigurosamente del tema del momento preciso de especificación de una obligación genérica. Lo que el intérprete se ve forzado a hacer en este caso, como en tantos otros por lo demás, es la indagación de una pura voluntad de la ley sobre el tema, que ciertamente resulta muy poco clara.

Sentado esto, parece que cabe alegar en favor de la primera teoría, favorable tendencialmente a la llamada separación bilateral, que el artículo 1.452, párrafo 3.º, se refiere literalmente a todas las ventas (genéricas) de cosas fungibles con precio fijado en relación al peso, número o medida, y que no cabría limitarlo a las ventas hechas además «aisladamente» en esas condiciones. Y lo mismo sugiere el hecho de que dicho precepto constituya un párrafo independiente y no sea una mera continuación, en el mismo párrafo, del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo. Y también apunta a ello el artículo 1.585 del *Code*, precedente mediado del artículo 1.452, párrafo 3.º, y que se refiere, contrapuesto al artículo 1.586, a ventas que «*ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure*». La misma *ratio* de la idea inicial y central del párrafo 3.º del artículo 1.452, que es el principio *genus nunquam perit*, inclina, en el mismo sentido, a atribuir un amplio ámbito al precepto considerado.

(60) Cabe invocar en apoyo de esta explicación sobre la mora del acreedor en este caso concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1953, que comento en el epígrafe VI de este trabajo, y que es muy clara al afirmar la imputación de los riesgos al comprador moroso en recibir, incluso si subsistía la genericidad de la obligación en el momento del perecimiento de las cosas preparadas para la entrega.

También parece coherente con esta explicación ofrecida en el texto la explicación de Grossoi sobre la mora del acreedor en el Derecho romano: cita el autor diversos párrafos de las fuentes en que se contemplaban supuestos excepcionales de extinción de obligaciones genéricas por mora del acreedor (D. 30.84.3; D. 44.4.6; D. 46.3.72; D. 46.3.39, etc...). *Vid.* Grosso, Giuseppe, *Obbligazioni*, Torino, 1947, Parte seconda, Capitolo III, núm. 16, págs. 260-261.

Además de esto, y en otro sentido, quizá cabe decir que la primera de las teorías propuestas es más respetuosa con la letra de la ley, en tanto que realiza una interpretación de ésta sin un recurso, como el que precisa la teoría propuesta en segundo lugar, de acotar la afirmación final del artículo 1.452-3.º con un «en su caso». La primera teoría aparece como más respetuosa o consecuente con la total consecuencia que parece derivarse de dicho inciso final del artículo 1.452, párrafo 3.º.

Pero, a pesar de estos argumentos, esta primera teoría, favorable tendencialmente a la separación bilateral, me parece menos fundada que la propuesta en segundo lugar y favorable a la separación unilateral como modo de especificación de las obligaciones genéricas.

En efecto, nótese, ante todo, que con aquella primera interpretación, o teoría, hacemos decir al precepto estudiado, muy sutil y artificiosamente, algo que realmente el legislador no se propuso decir en absoluto: que la especificación de las obligaciones genéricas necesita «algo más» que la separación unilateral y ofrecimiento de pago. Sabemos que los autores del Proyecto de 1851 y del Código no pretendieron resolver este problema y que no era en esto en lo que pensaron al redactar el precepto considerado. Piénsese que si hubieran querido resolver el problema en el sentido apuntado por esta teoría hubieran podido decir mejor y con mucha mayor claridad que no se imputaría el riesgo al comprador en el supuesto considerado... hasta la entrega (61). En fin, que en el artículo 1.585 del *Code* y en el artículo 1.374 del Proyecto de 1851 no se pensaba en la entrega ni en el «algo más» tan repetidamente mencionado al exigir que se hubieran «pesado, medido o contado» las cosas, se pone de manifiesto por la sola consideración de que en ambos precedentes del Código civil la propiedad se transmitía por el mero consentimiento y no mediante título y modo, por lo que una no transmisión del riesgo hasta la separación bilateral o entrega hubiera debido aparecer en ellos mucho más claramente expresada que en el Código civil (62).

Por lo demás, la segunda interpretación propuesta para el artículo 1.452, párrafo 3.º, y favorable a la idea de separación unilateral, acaso sea, en efecto, menos respetuosa con la estricta literalidad del precepto que la primera interpretación criticada en lo que precede, pero tampoco deja de ser defendible por otras buenas razones.

En primer lugar, el que la letra de la ley (... «se hayan pesado, contado o medido») no distingue *v*, por tanto, incluye perfectamente lo mismo una separación unilateral que, para en su caso, una separación bilateral. Donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

---

(61) Además de que, como advierte GARCÍA CANTERO, las operaciones de contar, pesar o medir no están tipificadas en los artículos 1.462 a 1.464 como formas de *traditio*. Vid. el comentario del autor al artículo 1.452 en los *Comentarios* de EDERSA dirigidos por ALBALADEJO, tomo XIX, 1980, pág. 83.

(62) Véase lo explicado por CAFFARENA sobre la relación entre el problema de los riesgos y el problema de la transmisión de la propiedad: *Genus nunquam perit*, págs. 348-9 y notas 153 a 155.

En segundo lugar, el hecho de que acotaciones como la que propongo para el inciso final del artículo 1.452, párrafo 3.º (entenderlo sólo válido para «en su caso»), parece que es posible y necesario hacerlas en bastantes afirmaciones del Código civil y de otras leyes; que no es raro que el legislador presuponga y omita un «en su caso». En este caso, además, la acotación cuenta con una importante justificación en el ya señalado precedente de la ley 24, tít. 5.º de la Partida 5.ª.

En tercer lugar, y sobre todo, ¿qué riesgo y qué mora serían las mencionadas en el precepto contemplado que se dice deben ser anteriores al contar, pesar o medir las cosas genéricamente vendidas? Ambas nociones, riesgo y mora, encuentran una explicación más normal y asequible en la segunda de las interpretaciones propuestas que en la primera de ellas, en la que sólo bastante artificiosamente consiguen encajarse.

Finalmente, y en el mismo sentido, aunque la limitación del artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas «hechas aisladamente» no tenga apoyo claro en la letra del precepto (63) y contradiga el sentido claro de su precedente el artículo 1.585 del *Code*, parece que se justifica por la necesidad de encontrar una explicación normal y razonable al precepto, diverso del francés, que resultó de la peculiar conexión realizada por nuestro legislador entre el tema del riesgo en las ventas genéricas de cosas fungibles y el tema de la mora como acreedor del comprador.

El artículo 1.452, párrafo 3.º, en suma, es explicable más fácilmente suponiendo que acoge el criterio de especificación de las obligaciones genéricas por mera separación unilateral, que suponiendo acoge alguna de las fórmulas de la llamada separación bilateral (64). Además, debe tenerse en cuenta, puesto que el Derecho es un sistema —y aunque incide aquí también el delicado tema de la norma especial—, que también pueden considerarse argumentos en favor de una tal interpretación del precepto estudiado, los demás argumentos y artículos (art. 877, art. 1.133...) que, según pongo de manifiesto en este tra-

(63) Ciertamente sí que tiene dicha limitación, por la palabra «las» del párrafo 3.º del artículo 1.452: dicha palabra conecta ese párrafo (que no dice, por ejemplo... «si se vendieren cosas fungibles...») con el anterior. Además, la consideración al peso, número, o medida en ambos párrafos parece que viene referida únicamente a la fijación del precio, lo que también subraya su unidad profunda.

(64) Si no se acepta limitar («en su caso») la salvedad relativa a la mora del comprador, entonces, manteniendo limitado el artículo 1.452, párrafo 3.º, a las ventas «hechas aisladamente», todavía cabría pensar que aunque el «contar, pesar o medir» es «algo más» que la separación de las cosas y ofrecimiento de pago necesarios para que llegue a haber mora, sin embargo, dicho criterio sobre el momento de la especificación no es el general aplicable a las ventas genéricas, a las que el precepto no se referiría y, por tanto, no es obstáculo para defender para ellas un criterio distinto (el de la separación unilateral y con otra base: arts. 877, 1.133, 1.167, etc.). Pero ésta la considero una mala línea de argumentación porque, admitido el criterio llamado bilateral en un caso concreto, la verdad es que dicho criterio parecería claramente extensible a la totalidad de las ventas genéricas, por analogía, o incluso, a *fortiori*, dada la mínima separación inicial existente siempre en las «ventas hechas aisladamente».

bajo, prestan un sólido fundamento a la tesis genérica de la especificación meramente unilateral de las obligaciones genéricas (65).

#### IV) EL ARTICULO 1.133 Y LA DUDA SOBRE SU APLICABILIDAD POR ANALOGIA EN NUESTRO TEMA

Nuestra doctrina, discutiendo sobre el problema de la determinación del momento preciso de la especificación de las obligaciones genéricas, se ha planteado si sería o no aplicable en el tema, por analogía, el artículo 1.133, que claramente presupone una concentración por declaración unilateral para el caso de las obligaciones alternativas. La cuestión presenta especial interés porque aquí ya no se trata sólo, como en lo que precede, de figuras o problemas particulares (legado, compraventa...) sino verdaderamente de un precepto general que contempla el problema objeto de nuestro estudio.

Pues bien, nuestros autores (66), cuando se plantean esta cuestión, afirman siempre la imposibilidad de realizar una tal aplicación analógica del artículo 1.133 al régimen de las obligaciones genéricas. Sin embargo, parece que ni el análisis histórico de la cuestión ni el análisis estrictamente técnico del modo de funcionar ambas clases de obligaciones justifican esa opinión negativa de la doctrina.

En primer lugar, en cuanto al análisis histórico de esta cuestión, parece mostrar más bien la excesiva persistencia en la doctrina moderna de una concepción romana del modo de funcionamiento de las obligaciones genéricas y alternativas (el llamado *ius variandi*), que fue cuestionada por la pandectística para ambas clases de obligaciones, y que hay razón suficiente para considerar abandonada en nuestro Derecho, desde que nuestro legislador estableció (introducidos por el Proyecto de 1882-1888) preceptos como los artículos 877 y 1.133.

Recordemos algunos datos y rasgos de esta evolución general.

Ante todo, hay que señalar que en las fuentes romanas no se de-

---

(65) Puede ayudar pensar en el siguiente ejemplo. Víctor tiene dos bodegas en distintos lugares de una localidad y vende a Carlos todo el vino que tenga en su bodega pequeña el día de la venta por 30.000 pesetas (se supone que tiene unos mil litros en vinos de diversas clases y calidades), y además le vende dos cubas de las de tamaño intermedio del (único) vino rosado que tiene en su bodega grande, al precio de 40 pesetas el litro. Al cabo de unos días, Víctor escribe a Carlos comunicándole que ha trasladado a la bodega pequeña desde la grande dos cubas del tamaño pactado de vino rosado, en cantidad que ha resultado ser de 240 litros y que próximamente le comunicará cuándo podrá permitirle recoger el vino. Antes de que lo haga, perece todo el vino por un accidente fortuito (inundación, por ejemplo). ¿Cómo se resolvería el caso? Parece que la doctrina mayoritaria exoneraría a Víctor sólo de entregar el vino que estaba al contratar en la bodega pequeña (art. 1.452, párrafo 2.º), mientras que según la interpretación sostenida en este trabajo Víctor quedaría totalmente exonerado de su obligación, y Carlos tendría que pagar todo el vino (*periculum est emptori*).

(66) Véanse, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1977, págs. 48-49; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, número 44, pág. 136; SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 657-658. VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, 1980, pág. 130.

tecta ningún interés especial de los juriconsultos por distinguir las obligaciones genéricas de las alternativas (67), y que, por otra parte, existe ardua polémica entre los romanistas sobre si el tratamiento de estas últimas por las fuentes permite mantener o no la existencia de un concepto unitario de obligación alternativa (68).

Además, en Derecho romano, aunque pueda señalarse alguna excepción (69), parece que, como muy autorizadamente ha explicado Grosso (70), la individualización o elección, y tanto para las obligaciones alternativas como para las obligaciones genéricas, no representa en general un momento distinto de aquél en que se paga y, por el contrario, viene referida siempre al pago, de modo que, realizándose antes, carece de toda influencia sobre la obligación.

Se suele hablar tradicionalmente (71), para explicar este modo de funcionamiento de la obligación, de un *ius variandi* del deudor, quien podría siempre arrepentirse de su elección hasta el momento del pago (o hasta el de la *litis contestatio*), por ser siempre dicha elección irrelevante o esencialmente revocable (72). La doctrina romanista suele referir más bien el concepto de *ius variandi* a las obligaciones alternativas, pero la explicación sustantiva que realiza del régimen de las obligaciones genéricas permitiría en general la extensión de dicho concepto también a estas últimas (73).

Las críticas que algunos romanistas, como D'Ors entre nosotros (74),

(67) Papiniano llega a equipararlas en alguna ocasión, según BONFANTE; *vid. sus Instituciones de Derecho romano*, traducción por Luis BACCI y Andreas LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO HORMA, Madrid, 1925, nota 2, página 383. En cuanto a la afirmación hecha en el texto en general, *vid.* GROSSO, *Note in tema di obbligazione generica*, «Rivista di Diritto civile», 1956, págs. 605 a 609; y *Obbligazioni*; Torino, 1947, págs 238 a 242.

(68) Véase sobre esto: HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa. Teoría unitaria*, RDP, núm. 306, 1942, págs. 549 a 551; y RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, páginas 29 a 35.

(69) Así, D. 31.11.1 y acaso D. 45.1.112.34, datos que tomo de RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 1982, págs. 48 y 53.

(70) En su monografía *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1947, páginas 193-194 y págs. 246-247. En cuanto a las obligaciones alternativas, *vid.* también RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 45 a 50, 53 y 66 a 69.

(71) Véanse, por ejemplo, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, 16.ª ed., Madrid, 1981, págs. 545 a 547; IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 7.ª ed., Barcelona, 1982, págs. 394 a 396.

(72) Acaso podría llegarse, en casos, incluso a la necesidad de restitución al deudor de lo que él había ya entregado a fin de que verificase luego el cumplimiento con otra de las prestaciones alternativamente debidas. En ese sentido, *vid.* Cristóbal MONTES, *Curso de Derecho romano, Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 57.

(73) En alguna ocasión sí se refiere el concepto de *ius variandi* tanto a obligaciones alternativas como a genéricas: *vid.* BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, en la traducción ya citada, 1925, § 119, pág. 381. En la doctrina moderna se ha utilizado también aquel concepto en contextos muy distintos, como para explicar la variabilidad posible en la reclamación del acreedor a sus varios codeudores solidarios (art. 1.144) o en la opción cumplimiento-resolución relativa a obligaciones recíprocas (art. 1.124).

(74) *Vid.* En torno a la llamada obligación alternativa, RDP, 1944, págs. 16

han hecho a la consistencia y oportunidad de este supuesto *ius variandi* nos interesan menos, porque no cuestionan el hecho fundamental de que en el Derecho romano las manifestaciones de elección del deudor no tienen relevancia jurídica hasta el momento decisivo del pago. Estaba siempre excluida la modernamente llamada concentración (irrevocable) por mera declaración unilateral del deudor, salvo que dicha posibilidad se hubiera previsto expresamente en el título constitutivo de la obligación (75).

Esta explicación del modo de funcionamiento de las obligaciones alternativas y genéricas se mantuvo probablemente en la doctrina del Derecho intermedio (76) y volvemos a encontrarla en la pandectística alemana del siglo XIX, que es donde finalmente se cuestionó, primero por Ihering para las obligaciones alternativas, y luego por otros autores, coherentemente, incluso para las obligaciones genéricas (77).

Desde entonces se hizo clásica en la doctrina esta polémica en ambas sedes (obligaciones alternativas y obligaciones genéricas), acaso estimulada por la mayor fuerza que parecía presentar la idea de una elección unilateral irrevocable en sistemas, como el francés, de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento (78).

---

a 19. Vid. también sobre esta polémica RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 66 a 70 y 280 a 284.

(75) Véanse de nuevo las explicaciones de D'ORS y de RAMS ALBESA en los lugares citados en la nota anterior y las de los romanistas citados en las notas 70 y 71.

(76) Parece verosímil que ocurriera así por el gran apego y proximidad de las opiniones de aquellos juristas a lo que se desprendía de las fuentes romanas; RAMS ALBESA cita en dicho sentido, y para las obligaciones alternativas, a Antonio GÓMEZ y, como citados por éste, a BALDO, BARTOLO, IMOLA, PAULO DE CASTRO y SOCINO. Vid. *Las obligaciones alternativas*, págs. 113-114.

(77) IHERING cuestionó el *ius variandi* para las obligaciones alternativas en el Derecho moderno y, parece, en todos los casos de elección por el facultado para elegir (no sólo cuando tenía reconocida tal facultad en el título constitutivo). THÖL y HEYER cuestionaron los primeros el *ius variandi* también para las obligaciones genéricas. Pero WINDSCHEID y muchos otros seguían apegados a la noción tradicional del *ius variandi* y posibilidad de concentración unilateral sólo si ésta venía establecida en el negocio jurídico constitutivo: decía este autor que los «mismos principios» regían para la concentración en las obligaciones alternativas que para la concentración en las obligaciones genéricas. Vid. para todo ello, *Diritto delle pandette*, trad. Carlo FADDA e Paolo Emilio BENSÀ, volume secondo, UTET, Torino, 1925, § 255, nota 9, págs. 20 a 22 y nota 20, pág. 25 y § 390, nota 8, págs. 503 a 505.

Véase también la explicación de esta polémica en cuanto a las obligaciones alternativas en RAMS ALBESA, quien presenta la opinión de IHERING en términos más restringidos de los que he indicado: *Las obligaciones alternativas*, págs. 114 a 116.

(78) LAURENT, por ej., basaba la irrevocabilidad de la elección hecha en una obligación alternativa en la inmediata adquisición de la propiedad por el acreedor (comprador), que sucedía, según él, simplemente por hacer y declarar la elección. GIORGI criticó al autor ese supuesto fundamento de la irrevocabilidad de la elección y presentó como general el cambio producido en este punto, en relación al Derecho romano, para las obligaciones alternativas. Véanse, respectivamente: *Principes de Droit civil français*, t. XVII, 3.<sup>a</sup> édition, Bruxelles - Paris, 1978, núm. 242, págs. 251-252 y núm. 232, pág. 246; y *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la séptima edición italiana, vol. IV, Madrid, 1911, número 431 b), pág. 442. El criterio de LAURENT nos interesa especialmente porque

Pero la polémica es la misma para las obligaciones genéricas y para las obligaciones alternativas, como se ve en su origen histórico, y hasta en los argumentos empleados y teorías propuestas (79). Se habla en efecto de varias teorías sobre esta cuestión: la de la separación unilateral, notificada o no, conocida por el acreedor o no, la de la expedición, la de la puesta en mora del acreedor, la de la separación bilateral, la de la entrega, etc....

El problema estaba claramente planteado en la doctrina del siglo XIX, aunque no en la española, y cabe pensar que nuestro legislador, acaso sin perfecta consciencia del mismo, lo resolvió suficientemente introduciendo, desde el Proyecto de 1882-1888, los actuales artículos 877 y 1.133. Este último tenía un precedente inmediato en el anteproyecto belga de Laurent (80), y respondía mediatamente a la teoría inicialmente defendida por Ihering (81).

Es muy significativa de cuanto queda dicho la considerable dificultad que ha supuesto para la doctrina, dada la inercia en ella del planteamiento romano tradicional, la interpretación del artículo 1.133, hasta llegar a ver claramente que dicho precepto zanjaba resueltamente, para las obligaciones alternativas, la polémica sobre el carácter revocable o no de la elección del deudor (82). También la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1923, criticada por todos (83), exigió, contra el evidente sentido del artículo 1.133, que la elección notificada del deudor tuviera que ser aceptada por el acreedor: o sea,

inspiró los artículos 1.189 y 1.193 de su Anteproyecto belga, que son el precedente (el segundo de ellos, concretamente) de nuestro artículo 1.133. Vid. la nota 80 de este trabajo y *Avant-projet de révision du Code civil*, tome 4.º, Bruxelles, 1884, págs. 178-181.

(79) De estas teorías existe noticia en la doctrina española: vid. en cuanto a las obligaciones alternativas: HERNÁNDEZ GIL, *Naturaleza jurídica de la obligación alternativa*, RDP, 1942, pág. 549; Badenes GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, 1969, págs. 297-298; RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, págs. 281 a 283. Vid. enumeradas las mismas teorías en relación con las obligaciones genéricas en ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, págs. 319 a 321 y notas 338 y 342; y ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 1983, pág. 61, nota 51. Para mayor información consúltese también WINDSCHEID, en los lugares indicados en la nota 77.

(80) El art. 1.150 del Proyecto de 1882-1888 tenía ya la misma redacción que el actual art. 1.133 y se basaba en el art. 1.193 de dicho anteproyecto de LAURENT.

Según este último precepto: «L'option n'a d'effet que du jour où elle a été exercée. Si le choix appartient au débiteur, il le notifiera au créancier». Vid. *Avant-projet de révision du Code civil*, tomo 4.º, Bruxelles, 1884, pág. 181. Véase la nota 78 de este trabajo y la noticia de este antecedente que da PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 359.

(81) Como he indicado ya poco más arriba. Entre nosotros lo ha notado también D'ORS, *En torno a la llamada obligación alternativa*, RDP, 1944, pág. 18, nota 58.

(82) Vid. lo explicado por RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, páginas 269 y 281 a 284. Ejemplos del peso residual de la idea del *ius variandi* veo en los comentarios sobre el art. 1.133 de DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, págs. 150-151; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 1983, pág. 86, nota 91; y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 50, págs. 151-153.

(83) Véanse, por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 39; y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 48, pág. 148.

como si todavía la teoría de la «separación bilateral» fuera defendible para la concentración de las obligaciones alternativas.

En fin, como puede verse en todo este esbozo histórico de la cuestión, todos los datos apuntan a la fuerte justificación que presentaría una aplicación analógica del artículo 1.133 a las obligaciones genéricas, en cuanto a la determinación del momento preciso de su especificación.

Y a la misma conclusión parece apuntar, como indicaba al principio de este epígrafe, el análisis técnico del modo de funcionamiento de las obligaciones genéricas y de las alternativas.

En efecto, como razón principal de la diferencia entre las obligaciones genéricas y las alternativas —diferencia teórica indudable, por lo demás, y que no se pretende negar aquí— se invoca siempre la regla *genus nunquam perit*, que obviamente no es predicable de las segundas y sí sólo de las primeras. Y añade todavía Sánchez Calero (84) que la aplicación de las reglas de las obligaciones alternativas a la cuestión que analizamos respecto de las genéricas está impedida por la «diferente naturaleza de las obligaciones alternativa y genérica, cuyas características diferenciales se manifiestan, precisamente con más rigor, en el momento de la individualización».

Sin embargo, no parece cierto esto. Más bien cabe decir que la regla *genus nunquam perit* se asemeja a las concentraciones sucesivas de una obligación alternativa en los objetos restantes ante las sucesivas pérdidas fortuitas de otros objetos incluidos en la obligación. En ambos casos se da una persistencia de la obligación sobre lo restante, una no extinción, y esto parece lo decisivo a nuestros efectos.

También se ha señalado como diferencia entre las obligaciones genéricas y las alternativas el que sólo para las últimas cabe que la obligación nazca como simple en el caso de resultar inidónea una de las dos prestaciones en el momento de constituirse aquélla (85). Pero esta diferencia poco debería afectar a la aplicación o no del artículo 1.133, que claramente se refiere al momento del cumplimiento de una obligación alternativa ya nacida y no al anterior momento de su posible nacimiento.

A favor de la aplicabilidad del artículo 1.133 por analogía en nuestro tema cabe también alegar la dicción de los artículos 875, 876 y 877, que se refieren a la «elección» en los legados genéricos (con el mismo término, por tanto, que los artículos 1.131 y ss.), e incluso el precedente portugués del último de dichos preceptos, que, como ya quedó dicho, se refería con toda seguridad a los legados alternativos.

Hay que reconocer, en cambio, que resulta menos claro, en principio, el interés del acreedor en la irrevocabilidad desde la elección unilateral a él notificada para la obligación genérica que para la alternativa (*vid.* art. 1.166). Pero, aun así, aparte de que dicha diferencia sería predicable igual respecto de una especificación «bilateral» pero previa al cumplimiento, no deja de ser posible que, en casos, el interés

(84) *Vid. Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 658.

(85) *Vid. RAMS ALBESA, Las obligaciones alternativas*, págs. 145 a 148 y 255.



del acreedor en la irrevocabilidad de la elección unilateral de su deudor genérico exista y presente gran nitidez, como si se trataba de entregarle una finca y, tras ser elegida alguna, resulta bruscamente revalorizada por haberse hallado petróleo o por una imprevista modificación del plan urbanístico.

Nótese, además, que la obligación alternativa suele tener a veces una significación económica de mayor garantía o seguridad de cobro para el acreedor: este aspecto o función aparece más claro en dicha obligación que para la genérica, a pesar de lo cual el legislador ha establecido para ella la irrevocabilidad de la elección unilateral. Luego también por esta razón parece plausible la aplicación analógica del artículo 1.133 a las obligaciones genéricas (86).

Hernández Gil (87), en fin, ha desechado la aplicación analógica del artículo 1.133 al tema de la determinación del momento preciso de la especificación de la obligación genérica, alegando que dicha aplicación analógica parecería como único argumento a favor de una especificación unilateral de dicha obligación y que parecería excesivo forzar hasta ese punto la analogía entre obligaciones genéricas y alternativas. Pero los datos históricos recordados poco más arriba, así como los otros argumentos invocados en este trabajo, pienso que pueden, al menos, persuadir de que la aplicación analógica en nuestro tema del artículo 1.133 no es el único argumento que cabe invocar en favor de una especificación de la obligación que sea unilateral y previa al cumplimiento (88).

---

(86) Dice ENNECCERUS que «si según la intención de las partes la forma alternativa hubiera de otorgar al acreedor una seguridad, cosa que ocurre con frecuencia en particular con las obligaciones alternativas a condición o a plazo, no cabe privar unilateralmente de esta seguridad al acreedor mediante anticipar la declaración de elección. El que en este sentido promete entregarme, después de un año, un determinado caballo o 1.000 marcos, no puede cargar sobre mí y contra mi voluntad el riesgo de que el caballo muera antes, declarando que, después de transcurrir el plazo, me entregará el caballo». *Vid. Derecho de obligaciones*, volumen 1.º, traducido de la 35 edición alemana por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 1933, pág. 105. El razonamiento me parece trasladable, en sus propios términos, a la especificación de obligaciones genéricas.

(87) *Vid. Derecho de obligaciones*, 1983, núm. 44, pág. 136. Acepta también este argumento SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, página 658.

(88) Puede ayudar la reflexión sobre el siguiente ejemplo: un amigo se ha comprometido a entregarme o bien su perro León, con el que está encariñado, o bien uno de los muchos caballos que tiene en sus cuadras. Si yo he sido notificado de que la elección de mi amigo ha recaído en el caballo Poderoso, que después muere fortuitamente, no resulta del todo razonable (sobre todo a la vista de los argumentos invocados a lo largo de este trabajo) que se considere concentrada la obligación alternativa pero no la genérica, de modo que la muerte accidental del caballo Poderoso pueda excluir la obligación de entregar el perro y no excluya la de entregar cualquier otro caballo. Si el elegido y accidentalmente muerto hubiera sido el perro León, hubiera quedado excluida, por efecto del artículo 1.133, la elección de cualquiera de los caballos.

## V) ESPECIFICACION Y NOVACION

Para las obligaciones alternativas en el Derecho romano ha defendido el profesor D'Ors, precisamente criticando la existencia del llamado *ius variandi*, que la posibilidad, excepcional en aquel Derecho, de que se diera en algún caso una elección irrevocable y previa al cumplimiento tenía que basarse necesariamente en la autonomía privada, que consentía que las partes pudieran dejar al arbitrio de una de ellas la modificación del negocio jurídico (89). Y también en la doctrina civilista moderna se discute si la elección unilateral relativa a una obligación alternativa es o no novación de la relación obligatoria (90).

En relación con la especificación de las obligaciones genéricas, ha utilizado el argumento de que la realizada unilateralmente y previa al cumplimiento constituiría una novación el profesor Hernández Gil (91). Para él: «esta conversión de la naturaleza de la obligación supone una novación que queda exactamente comprendida en los términos del artículo 1.203, cuando establece que las obligaciones pueden modificarse «variando su objeto»; y se introduce una modificación en el objeto si la prestación genérica se transforma, mediante la elección, en específica. A falta de una directa atribución por la ley de la elección como facultad o potestad, ha de quedar sometida al régimen de la novación que, singularmente en la esfera de la llamada novación objetiva, aparte de requerir el concurso de las mismas voluntades que impulsaron el nacimiento de la obligación, exige, o una muy cualificada declaración de voluntades desde el punto de vista de su expresión («es preciso que así se declare terminantemente»), o una absoluta incompatibilidad entre ambas obligaciones (todo ello según el artículo 1.204), con lo que para apreciar la novación se cierra el paso a la prueba de presunciones y hasta se modifican las reglas generales de interpretación de los artículos 1.281 y siguientes».

Y en otro lugar, invoca el autor el artículo 1.256 y explica que, en general, no es atribuible ilimitadamente a una de las partes la determinación de la prestación: «en el terreno de lo estrictamente conceptual podría decirse que no es lo mismo determinación que cumplimiento. Mas como el cumplimiento depende en estos casos de la determinación, atribuir tal facultad significaría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento mismo o los términos de éste. Otra cosa es que se convengan unas bases —que pueden estar representadas por el arbitrio de equidad o por cualquier otra fórmula— y se confiera a una

(89) La opinión de D'ORS ha sido criticada por RAMS ALBESA y DE LA CUESTA, pero temo que olvidando que dicha opinión iba referida al Derecho romano. *Vid.*, respectivamente, *En torno a la llamada obligación alternativa*, RDP, 1944, págs. 16 a 18 y nota 58; *Las obligaciones alternativas*, 1982, págs. 257-8 y 284, y *Las obligaciones alternativas*, RDP, 1984, pág. 15, nota 41.

(90) Véase al respecto RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, 256 a 260, 282, 284 a 287 y 292; DE LA CUESTA, *Las obligaciones alternativas*, RDP, 1984, págs. 15 y 18-19.

(91) *Vid. Derecho de obligaciones*, CEURA, 1983, págs. 137-138 y 110.

de las partes la facultad de llevar a cabo la determinación conforme a ellas».

Y sin llegar a tan concreta y terminada argumentación, otros autores fundan su rechazo a la posibilidad de una especificación unilateral de la obligación genérica en que consideran excesivo el consentir al deudor el liberarse por sí mismo, mediante una tal especificación, del riesgo de pérdida de la cosa (92).

Para valorar la explicación transcrita de Hernández Gil, hay que advertir, ante todo, que el autor presupone una noción muy amplia de la novación objetiva modificativa (93), siendo que la mera existencia de la novación modificativa en nuestro Derecho, aunque admitida por la opinión común y por la jurisprudencia, ha sido muy autoritariamente criticada por Sancho Rebullida (94) y por Cristóbal Montes (95).

Por lo demás, aun si se piensa que la elección o especificación de una obligación genérica supone una modificación objetiva de la relación obligatoria (96), hay que admitir que tal modificación pueda hacerse o por negocio jurídico o con base en una disposición legal (97)..., pero incluso si aplicable esta última por analogía (arts. 1.133, 877, 1.452, etc.).

Con todo, en mi opinión, el tema de la especificación debe situarse más acá que la teoría de la novación, o incluso que la de la modificación

(92) Véanse, por ejemplo, entre los más claros, PUIG BRUTAU y Díez PICAZO Y GULLÓN, en los lugares indicados en la nota 1.

(93) En un artículo publicado en 1961 el autor había defendido un ámbito amplio para la novación objetiva modificativa, considerando que puede haberla incluso modificándose condiciones principales de la obligación, siempre que no haya novación extintiva según la delimitan, en su opinión, restrictiva y acumulativamente, los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil. Criticaba también el autor el carácter restrictivo con que había perfilado esta figura de la novación objetiva modificativa el Tribunal Supremo, que, por otra parte, no parece haber incluido nunca entre los supuestos de novación modificativa la especificación de obligaciones genéricas. *Vid. El ámbito de la novación objetiva modificativa*, RDP, 1961, págs. 803 a 807.

(94) En su monografía *La novación de las obligaciones*, Ed. Nauta, Barcelona, 1964, 484 págs., y en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XVI, 1980. Véase en las páginas 534 a 548 de este último trabajo, doctrina muy detallada sobre la novación modificativa, y en las páginas 557 a 575 el pensamiento esencial del autor sobre los artículos 1.203 y 1.204.

(95) Según el autor no cabe referir el artículo 1.203 a toda modificación de las obligaciones, salvo que se esté dispuesto a aceptar la noción de «novación modificativa», concepto sin sólida raíz histórica, ni dogmática, e innecesario en un sistema regido por el principio de la autonomía de la voluntad. El artículo 1.203, según el autor, determina en qué puede consistir el *aliquid novi*, el cambio que se haya de producir en los elementos de la relación a extinguir, y que en el Derecho español debe tener una mínima o determinada transcendencia o significación, para que, junto con el *animus novandi*, se dé novación extintiva, la única verdadera novación. *Vid. La llamada novación modificativa en el Derecho civil español*, RCDI, 1973, 2, T. XLIX, págs. 1.204 a 1.217, y especialmente 1.215.

(96) En tal sentido, el profesor Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tecnos, 1972, núm. 950, pág. 780.

(97) Lo afirma también el profesor Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, núm. 951, pág. 781.

de las obligaciones, porque para que haya modificación de una relación obligatoria es necesario que se altere el esquema de los derechos y deberes de las partes o que se modifiquen las reglas de conducta a las que éstas deben atenerse, y tales cosas no suceden con la elección y notificación de la misma si, precisamente, se presupone que, según nuestro Código, existe la normal posibilidad, para las obligaciones genéricas, de una especificación unilateral y previa al cumplimiento.

La elección de la concreta prestación con que el deudor quiere cumplir y su correspondiente notificación parece que son meramente actos de ejecución de su obligación por parte del deudor, y que constituyen, como ha señalado algún autor (98), un deber o acto debido para el facultado para elegir. O, si se quiere, cabría decir también que la relevancia especificatoria de la elección unilateral notificada es una norma dispositiva más bien que uno de los «pactos, cláusulas y condiciones» que según el artículo 1.255 pueden en principio pactar libremente los contratantes.

Dicen Díez Picazo y Gullón (99) que «la concentración no sólo es facultad sino deber del deudor, pues si ha de hacer lo necesario para cumplir, evidentemente que ha de proceder a la concentración a fin de realizar la obligación de entregar de la cosa. Ningún precepto del Código civil impone para la concentración la intervención del acreedor. Rechazará o aceptará la cosa que reciba si no se ajusta a lo pactado, con lo que implícitamente rechaza o acepta la concentración hecha por el deudor, pero *a posteriori* de ella».

Razonamiento éste exacto, y que se refuerza, en mi opinión, cuando se considera que la determinabilidad del objeto de una obligación exige la no necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1.273); que el deudor genérico «puede» entregar una cosa de calidad no inferior (art. 1.167); y que cabe «compeler» al acreedor incluso al pago de persona distinta del deudor (arts. 1.161 y 1.158). La facultad de elegir es facultad de elegir la concreta cosa a entregar y no la calidad que deba tener.

El problema, en fin, puede llegar a relacionarse, como se ve, con el más general de la determinación de la naturaleza del pago en las obligaciones de dar, apuntando los argumentos aquí ofrecidos contra la teoría que atribuye a dicho pago el carácter de negocio jurídico bilateral.

---

(98) Vid. DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 208; y SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, pág. 657. La especificación no me parece, por tanto, negocio jurídico. Vid. esta polémica sobre su naturaleza en ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, págs. 319-320 y nota 339; y SÁNCHEZ CALERO, *Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 656-657. En otro sentido, MARTÍN PÉREZ ha criticado la idea corriente de que en la obligación genérica exista una prestación determinable aunque no determinada: sostiene que para que el concepto de determinación tenga alguna utilidad debe diferenciarse, entre otros, del de especificación de una obligación genérica. Vid. *Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria*, RGLJ, 1958, págs. 22 y ss.

(99) Vid. *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1983, pág. 208.

Y en cuanto a la prohibición de que se deje «al arbitrio de uno de los contratantes» el «cumplimiento» de los contratos (art. 1.256), hay que decir que parece debe entenderse referida al cumplimiento en sentido propio y sustancial, pero sin que suponga infracción de dicho artículo 1.256 la no cooperación o control por el acreedor sobre la elección o separación realizada por el deudor entre los individuos componentes del género. Y adviértase, en particular, cómo la doctrina admite unánimemente que sea posible la especificación unilateral y previa al cumplimiento de una obligación genérica cuando así se haya pactado por las partes, siendo que nunca podrían pactar éstas que quedase el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256).

## VI) CONCLUSION Y VALORACION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Según creo haber puesto de manifiesto en todo lo precedente, no parece existir en nuestro Código civil una base seria como para rechazar la idea de que las obligaciones genéricas queden normalmente especificadas por una mera separación unilateral notificada. La opinión contraria de la mayoría de nuestros autores parece responder, sin embargo, a la idea o impresión —ya señalada poco más arriba— de que parecería excesivo el entender que el deudor pudiera por sí solo, y mediante dicha especificación unilateral, librarse anticipadamente del riesgo de pérdida fortuita de la cosa. Según la concreta formulación de la idea por Lacruz (100), con ello «se haría recaer el riesgo en el acreedor antes de lo convenido».

Sin embargo, obsérvese que, como advertía en la delimitación del objeto de este estudio realizada en su primer epígrafe, en realidad la cuestión se plantea sólo, tratándose de normas dispositivas, para el caso en que, precisamente, nada se haya convenido entre las partes sobre la forma de especificación y sobre los posibles riesgos. Y además, faltando todo pacto en ese sentido —lo que será siempre normal, sin duda—, ni siquiera cabe presumir que, de haber considerado las partes ese problema, hubieran excluido la posibilidad de una especificación por separación unilateral notificada (101). Tal presunción aparecería muy poco justificada a la vista de la normalidad social de las especificaciones unilaterales en los pagos de deudas genéricas.

(100) *Vid. Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1977, pág. 49.

(101) Como indiqué en el primer epígrafe de este trabajo, me parece que, si las partes pactan expresamente la posibilidad de una separación unilateral, tal pacto resulta por innecesario irrelevante. Es significativa en cuanto a esto la opinión de ALBALADEJO de que incluso con un tal pacto no habría de considerarse excluida, en principio, la necesidad de notificación de la elección. En fin, me parece seguro que de dicha necesaria notificación se puede prescindir por pacto de las partes, por ser dispositiva la norma que fija el momento de especificación de las obligaciones genéricas. *Vid.*, del autor citado, *Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 47.

Otras veces justifican los autores (102) la idea de la llamada separación bilateral en el riesgo que supondría para el acreedor la teoría contraria, que se dice le dejaría inermes ante posibles fraudes y a merced de la buena fe del deudor: pero ese parece un endeble fundamento para la teoría de la llamada separación bilateral, si se tiene en cuenta que la separación unilateral que aquí se propugna es sólo la notificada y que, además, el Código presume la culpa del deudor en caso de pérdida de la cosa que se encontraba en su poder (art. 1.183).

Y en general, contra las otras formulaciones de la idea de fondo de la doctrina que critico, cabe alegar que, admitida la normal relevancia de la especificación unilateral, dicha relevancia, como advertí ya más arriba, no es sólo la de librar al deudor de los eventuales riesgos por pérdida fortuita de la cosa, sino también la de dejarle a él mismo vinculado frente al acreedor (art. 1.166), lo que puede perjudicarlo en casos de incrementos fortuitos de la concreta cosa elegida.

Además, no se privilegia especialmente al deudor de una cosa genérica permitiéndole librarse unilateralmente de los eventuales riesgos por pérdida fortuita de la cosa, sino que más bien se le permite el acceso a la normalidad de la situación del deudor en nuestro Derecho: la situación de poder exonerarse de responsabilidad desplegando la diligencia que le es exigible. Piénsese, en este sentido, que desde la especificación unilateral habría de empezar la obligación de conservar la cosa por el deudor (103); que en caso de pérdida de dicha cosa se presume su culpa (art. 1.183); y que ni siquiera existe en nuestro Código una formulación expresa del principio *genus nunquam perit* (104). Es como si el Ordenamiento buscara el máximo de determinación y concreción en las relaciones jurídicas y las favoreciera, de modo remotamente similar al reconocimiento a cualquier condueño de la posibilidad de pedir la división de la cosa común.

Acaso cabe añadir, aunque el argumento pueda parecer una sutileza, que el acreedor notificado de la elección unilateral de su deudor actuaría conforme a la buena fe contestando a dicha notificación con un inicial acuerdo condicionado a la ulterior comprobación de que la cosa elegida se ajusta a lo pactado y a las condiciones de pago fijadas en la ley (art. 1.167), y que, sin embargo, actuaría contra la buena fe retardando esa inicial aceptación con el propósito deliberado de —supuesta la teoría de la «separación bilateral»— mantener los riesgos en cabeza del deudor. Y esa hipotética inicial aceptación del acreedor debería ser suficiente para especificar la obligación genérica probando *a posteriori* que la cosa elegida y periclitada en efecto era de la calidad pactada o, en su defecto, de calidad media.

Luego, siendo esto así, incluso es coherente con el principio de la

---

(102) *Vid.*, por ejemplo, DÍAZ PAIRÓ, *Teoría general de las obligaciones*, vil. II, 1954, pág. 64; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, pág. 320, nota 341; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, T. III, 1972, pág. 114.

(103) *Vid.*, en tal sentido, PUIG PEÑA, *Compendio...*, T. III, 1972, pág. 116.

(104) A diferencia de en el BGB, en que sí existe: *vid.* § 279.

buena fe la teoría de la especificación unilateral que directamente fija el resultado al que apuntan dichas consideraciones sobre la base del citado principio (105).

En fin, en la opinión mayoritaria que critico acaso puede reconocerse también un lejano eco de la opinión que, mayoritariamente también, niega el carácter de fuente de las obligaciones a la declaración unilateral de voluntad (106). En la medida en que esto sea así, también debe rechazarse tajantemente el argumento por el señalado carácter de la especificación de acto de ejecución de una obligación previa ya nacida.

Pasando ahora a la determinación concreta de los argumentos positivos (y principales) en que se pretende fundar la tesis general sostenida en este trabajo, nos encontramos con la duda —que es duda general de interpretación del artículo 4 del Código— de si deben invocarse acumuladamente las aplicaciones analógicas de los artículos 877, 1.452, párrafo 3.º, y 1.133, o si, por el contrario, una analogía excluye las otras o se excluyen unas a otras según el grado de proximidad al supuesto específico «no contemplado».

Si se partiera de esto último, parece que podría llegar a considerarse irrelevante en el caso el artículo 1.133 y aplicables por analogía el artículo 1.452, párrafo 3.º, a las obligaciones bilaterales y a las unilaterales restitutorias (causa onerosa) y el artículo 877 al resto de las obligaciones unilaterales (donación de cosa genérica, en particular, que plantea dudas parecidas a las del legado genérico sobre si su carácter es obligacional o real). Con el presupuesto arriba señalado, ésta me parecería explicación mejor del problema que la posible exclusión de todos los demás preceptos por la aplicación analógica preferente del artículo 1.133 o del artículo 877 (107).

Pero acaso es mejor relacionar la «no contemplación» del supuesto específico de que habla el artículo 4 del Código con normas jurídicas directamente aplicables, y pensar, entonces, que la normal posibilidad para las obligaciones genéricas de una especificación unilateral y previa al cumplimiento se basa en nuestro Derecho en la acumulación de las aplicaciones analógicas de los artículos 877, 1.133 y 1.452, párrafo 3.º.

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, no parece que haya negado nunca directamente el criterio aquí defendido e

(105) Afirmaba GARRIGUES que lo corriente es que la especificación en las ventas genéricas se realice unilateralmente por el vendedor, sea por la buena fe que rige la contratación mercantil, sea por la dificultad de colaboración cuando la venta es de plaza a plaza. *Vid. Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. 1.º, 1964, núm. 1.104, pág. 247.

(106) Aunque en el ámbito de las obligaciones alternativas, ha señalado la conexión entre ambos temas HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, 1983, pág. 152.

(107) Aunque obsérvese que, entonces, dando preferencia a los preceptos directamente referidos a las obligaciones genéricas, incluso pasaría a ser defendible una teoría de pura separación unilateral y resultaría cuestionable la necesidad de notificación, que sólo en los artículos 1.133 y 1.136 viene recogida. Solución esa que me parece menos conveniente que la de la especificación por separación unilateral notificada.

incluso cabe decir que se ha aproximado a veces al mismo y que algunas de sus principales decisiones resultan coherentes con lo que de una aplicación de dicho criterio se hubiera derivado.

En la sentencia de 23 de noviembre de 1904 sobre irrevocabilidad de la elección en un legado que el Tribunal Supremo equipara a los genéricos a efectos de la especificación, considera realizada ésta por la elección unilateral del heredero debidamente hecha saber al interesado. El recurrente invocaba la aplicación analógica de los artículos 1.133 y 1.136 a este legado y consideraba que, realizada la elección por el heredero en un testamento faltó la notificación de una verdadera elección firme y eficaz, puesto que ésta tenía que entenderse revocable. El Tribunal Supremo no rechaza la aplicabilidad en el tema de los artículos 1.133 y 1.136, pero declara no haber lugar al recurso, entre otras razones, por resultar un hecho probado, reconocido por el propio recurrente, que la elección se hizo saber debidamente al interesado (108).

En la sentencia de 13 de noviembre de 1924 el Tribunal Supremo considera no especificada la obligación de entregar un cargamento de garbanzos que había sido ya enviado a su destinatario, y asimismo que, por ser su objeto cosa genérica, no es aplicable a la obligación de entregar los garbanzos el artículo 1.166 del Código civil (109). En la sen-

---

(108) Don José de León y Molina, Marqués de Villafuerte, eligió en testamento los cortijos llamados Adalid y Alférez o Afán en Baena, para cumplir el legado que su difunta esposa, doña María del Carmen Bermuy y Ossorio del Moscoso, Marquesa de Valparaíso, dejó a don Iván de Bustos, de lo que don José, su esposo, quisiera darle en nombre de ella. Don José en un segundo testamento posterior pretendió cambiar los cortijos por dos molinos que su mujer poseía en Albudeite, y que valían aproximadamente la séptima parte del valor de los cortijos.

Como se ve la dificultad estaba en que el legado, si es que lo había, no era estrictamente genérico. DÍAZ CRUZ sostiene que era legado específico del esposo (no elección) y que la solución debió ser la contraria de la adoptada (normal revocación de dicho legado en el segundo testamento). Y DÍEZ PICAZO parece apuntar la misma solución puesto que considera que la orden de la testadora a su marido no parece que pudiera llegar a considerarse ni siquiera un negocio *per relationem*. En mi opinión, y reconociendo que se trataba de un supuesto de difícil decisión, la equiparación del «legado» origen de la disputa a los legados genéricos era defendible y acaso condujo a una solución razonable y respetuosa a la vez de la voluntad de la causante y del espíritu de los artículos 877 y 1.133. Véase la nota 29 de este trabajo y para la opinión mencionada de DÍAZ CRUZ, *Los legados*, 1951, págs. 113 y 120-121. *Vid.* la sentencia en *Jurisprudencia civil*, editada por «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. 99, 1904, núm. 64, págs. 412 a 425. *Vid.* también DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, vol. 3.º, 1976, núm. 556, págs. 461-464.

(109) Se trataba de un contrato de transporte mercantil de 35 sacos de garbanzos que no llegaron en el plazo pactado y reglamentario, siendo dejados de cuenta por el demandante *ex art.* 371 del Cód. Com. a la Compañía de los Ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante, a la que el demandante reclamaba el valor en plaza de la mercancía. No se discutía la procedencia de dicha indemnización, sino sólo su cuantía, ni estaba en juego en el supuesto una posible aplicación o no de la regla *genus nunquam perit*. El Juzgado estimó la demanda y aceptó la cuantía de la indemnización solicitada; la Audiencia Territorial rebajó dicha cuantía; y el Tribunal Supremo casó la sentencia de la última sólo en cuanto absolvió al demandado de los intereses de la mora. Véase la nota



tencia de 7 de junio de 1946, en cambio, que contemplaba un caso de compraventa (genérica) de vino con transporte por ferrocarril durante el que se perdió parte de la mercancía, el Tribunal Supremo consideró imputable el riesgo al comprador *ex art.* 333 Cod. com., al no probarse el dolo o la negligencia del vendedor, y por tanto, implícitamente, consideró especificada la obligación por la entrega al transportista (110).

En la sentencia de 13 de junio de 1944, citada con frecuencia como recogiendo la teoría de la «separación bilateral» en cuanto a la especificación de obligaciones genéricas, el Tribunal Supremo, en realidad, declara con razón que no se especificó la obligación de entregar cierta cantidad de aceite, pero en un supuesto en el que, como el propio Tribunal hace notar (considerando 3.º), no hubo ni separación bilateral, ni apartamiento del aceite del de la masa mayor en que el deudor demandado pretendía tener el destinado a la entrega, ni ofrecimiento de pago, ni comunicación al acreedor (111).

En la sentencia del 15 de abril de 1947, ante el argumento del recurrente de que a la persona que le había vendido 90 botas de vino, reteniéndolas de acuerdo con él en su bodega, le era imputable el riesgo del deterioro producido en el vino tiempo después, con base en el artículo 1.452, párrafo 3.º, afirma el Tribunal Supremo que ni el pleito se había planteado sobre la base de imputar el riesgo a la vendedora, ni dicho artículo era aplicable a la venta, por tratarse de venta específica y no genérica. El comprador quedaba, así, obligado a retirar el vino deteriorado de la bodega de la vendedora, sin conseguir la resolución del contrato que pretendía. Vistas las circunstancias de este supuesto, parece justa la decisión del Tribunal Supremo, así como correcta su argumentación, pero nótese que, incluso habiendo considerado genérica esta venta mercantil (lo que, como digo, no parecía correcto), hubiera podido llegarse a idéntica solución considerando que la separación de los objetos dispuestos para el pago y el conocimiento de la misma por

10 de este trabajo y *Jurisprudencia civil* por la RGLJ, t. 164, 1924, núm. 81, págs. 396 a 400.

(110) Véase en *Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, 1946, t. XV de la 2.ª serie, núm. 12, págs. 91 a 107.

(111) El deudor demandado, señor Carbonell, pretendía haber quedado exonerado únicamente por el hecho de que durante la guerra civil había perdido todo el aceite de sus almacenes, que había sido incautado por el poder republicano revolucionario. La deuda provenía de una compraventa y el demandado había alegado, entre otros, los arts. 1.133 y 1.136 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Jaén, en sentencia de 13 de noviembre de 1940, absolvió a los demandados, Carbonell y Cía., S. A., de la demanda interpuesta por S. A. Pallarés Hermanos. La sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 8 de noviembre de 1941 confirmó la sentencia de primera instancia, considerando también extinguida la obligación del demandado. El Tribunal Supremo casó la sentencia de segunda instancia, dando la razón al recurrente, pero realizando en su segunda sentencia una modificación judicial del contrato, por la que redujo la cantidad de aceite a entregar teniendo en cuenta la devaluación de la «moneda roja» en que Carbonell había cobrado y el enorme incremento en el intervalo del precio del aceite. *Vid. Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, 1944, tomo 7 de la segunda serie, núm. 18, págs. 143 a 159.

el comprador hubieran permitido considerar especificada la obligación genérica de entrega del vino comprado (112).

La sentencia de 2 de diciembre de 1953, en un caso de obligación genérica relativa a cierta cantidad de azúcar y consecuencia de una serie de compraventas mercantiles, consideró que el riesgo de pérdida era del comprador conforme al artículo 1.452 *in fine* por haber incurrido éste en mora, al no retirar en el plazo pactado la cantidad de azúcar debida y que el deudor había dejado durante el mismo a su disposición en unos determinados almacenes. En este caso, puesto que había separación del azúcar destinado al pago y notificación de dicha separación al comprador, también se hubiera podido imputar el riesgo a éste considerando especificada la obligación genérica, pero el Tribunal Supremo eludió expresamente pronunciarse sobre este problema —plantado por el motivo tercero del recurso—, porque con la argumentación más arriba aludida tuvo suficiente para casar la sentencia de la segunda instancia, que había considerado la obligación de la azucarera genérica y no especificada cuando se produjo la pérdida de la cosa (113).

---

(112) Probablemente la venta (mercantil) era específica, como declaró el Tribunal Supremo, puesto que había una separación del vino vendido desde el principio y se fijó el precio, al parecer, globalmente (aunque se dijo que a 1.500 pesetas cada bota, de 33 arrobas cada una). Por lo demás la vendedora, doña María Márquez Amores, y el comprador, don Paulino Echeverría Teijelo, pertenecían a familias amigas y habían acordado dejar el vino vendido en la bodega de la primera a disposición del segundo. Sólo cuando el comprador se dispuso a revender el vino a terceros comprobó que tenía peor calidad y lo reclamó de la pactada y, posteriormente, la resolución. El comprador alegaba que no se había llegado a realizar la entrega y la vendedora sostenía que sí se realizó.

El Juzgado de Primera Instancia (Sevilla) dio la razón al comprador y ordenó se le restituyera el precio y se le indemnizase. La sentencia de la Audiencia Territorial revocó la del Juzgado y absolvió a la vendedora. Y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. *Vid. Jurisprudencia civil*, por la RGLJ, t. 18 de la segunda serie, 1947, núm. 49, págs. 621 a 642.

(113) Azucarera de Nuestra Señora del Carmen, S. A. debía cierta cantidad de azúcar a don Juan Ballesta Parra, y la había puesto a disposición de éste en sus almacenes durante un plazo (de casi un mes) expresamente pactado y que llegó a transcurrir sin ser retirado el azúcar. El señor Ballesta retiraba generalmente el azúcar mediante vales expedidos a sus clientes o compradores y, en el caso, había aceptado al parecer, con su comportamiento posterior, la notificación de la puesta a disposición del azúcar realizada por la Azucarera mediante dos cartas facturas. En tal situación, estalla la guerra civil y el poder republicano revolucionario se incauta de todo el azúcar de la sociedad deudora.

Después de la guerra, don Juan Ballesta realiza nuevas operaciones con la Azucarera y no parece considerarse acreedor de la misma, pero bastantes años después sus herederos reclaman a aquélla la entrega de las cantidades de azúcar debidas.

El Juzgado de Primera Instancia de Guadix absolvió en su sentencia a la Azucarera obligándola sólo a entregar la cantidad de 25.452 pesetas percibidas como indemnización por un seguro existente sobre el azúcar. La Audiencia Territorial de Granada revocó en su sentencia la de instancia y condenó a la Azucarera a pagar la cantidad de azúcar debida, al precio medio de 1936. El Tribunal Supremo casó y anuló esta sentencia de la Audiencia Territorial. El Alto Tribunal invocó el art. 63 del Código de comercio para justificar el inicio de la mora del comprador, y consideró que la aplicabilidad al supuesto del art. 1.452 *in fine* del Código civil excluía la aplicación del art. 334-1.º del Código de comercio. *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1953, t. 32, núm. 418, págs. 592 a 616.

La sentencia de 23 de noviembre de 1962 se refiere a un caso de deuda de una cantidad de aceite a consecuencia de unas relaciones de depósito entre comerciantes, que figuraba reconocida en un documento privado, considerado por el Tribunal Supremo como reconocimiento abstracto de una deuda genérica. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, coincidiendo con las dos sentencias de instancia en que no se había extinguido la obligación por el hecho de haber sido incautada la fábrica del deudor por los republicanos durante la guerra civil. Alega el Tribunal Supremo que en «la deuda o prestación de cosas genéricas, como el género a que pertenecen no parece, el deudor responde frente al acreedor de la pérdida, por lo menos, hasta que se delimiten e individualicen en número y calidad...». En el caso, en efecto, parece que no había habido ni siquiera separación unilateral del azúcar destinado a cumplir, y que era muy forzada la tesis del recurrente de ser su obligación de género limitado (114).

La sentencia de 30 de diciembre de 1967 contempló un supuesto de compraventa (civil: art. 326-2.º Cód. com.) de una cosecha de naranjas a recoger por el comprador y que perecieron por una helada antes de que éste culminase su recogida. El comprador, dando por sentado que el riesgo en la compraventa es del vendedor, reclamó la parte de precio ya pagado correspondiente a la parte de naranjas deterioradas y no recogidas. El vendedor oponía que en la modalidad de contrato celebrado el riesgo se cargaba al comprador y que a la misma conclusión conducía la aplicación del artículo 1.452, párrafo 2.º (*periculum est emptori*), que era el aplicable, y no el párrafo 3.º del mismo artículo. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo dieron, en cambio, la razón al comprador demandante, y se inclinaron por la aplicación del párrafo 3.º del artículo 1.452, pero incluso considerando, al parecer, específica la venta: o sea, derivaron de este último precepto, no la obligación del vendedor de completar con otras naranjas las que restaban para alcanzar la cantidad prevista, sino (no se habían podido llegar a pesar como fruto santo todas las naranjas) la no obligación de pagar el comprador el precio (su restitución, en el caso) de las naranjas no percibidas (115). Había alegado también el vendedor una

---

(114) La reclamación la planteó una hermana, heredera del acreedor, don Juan Fernández Madrid, que había sido asesinado por los republicanos durante la guerra civil; pero la reclamación al deudor, el señor Lara Navarrete, se planteó mucho después, en 1957, y el demandado parece que planteó defectuosamente su pleito, no alegando la prescripción y sin conseguir que se declarara probada una transacción realizada al parecer sobre dicha deuda.

Díez Pícazo, en otro sentido, ha criticado el innecesario reconocimiento del negocio abstracto, que pareció realizar esta sentencia del Tribunal Supremo. *Vid. Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, 1973, 2.ª ed., núm. 152, págs. 371-372. En cuanto a la sentencia, *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1962, t. 113, núm. 848, págs. 622 a 630.

(115) Lo que por las razones aducidas al explicar el art. 1.452, me parece equivocado: el supuesto parece que era de venta específica y de aplicación de la regla *periculum est emptori* recogida en el párrafo 2.º del art. 1.452, tal como había hecho el Juzgado de Primera Instancia en este supuesto, y el propio Tribunal Supremo (y las dos instancias previas) en un supuesto parecido (pérdida

mora *credendi* del comprador en la recogida de las naranjas, que la Audiencia no reconoció.

Como final de este trabajo, cabe hacer algunas puntualizaciones sobre este criterio que considera el momento de la notificación de una elección unilateral como el decisivo para la especificación de la obligación genérica; criterio que, al parecer, fue propuesto inicialmente por Ihering para la concentración en las obligaciones alternativas, y posteriormente por Thöl ya para la especificación de las obligaciones genéricas (116).

En primer lugar, y puesto que los artículos 1.133 y 1.136, párrafo 1.º, no aclaran el momento exacto en que se entiende producida la eficacia de la notificación, cabe plantearse esta cuestión, para la que parece resulta invocable, por analogía, al criterio del Código en cuanto a la aceptación de una oferta en el caso de contratación entre ausentes (art. 1.262). Según este precepto, el momento en que se produciría la vinculación sería aquél en que el destinatario de la notificación llegó a conocerla, o momento del conocimiento (117).

La solución parece también aquí aplicable, en principio, pero incluso admitida, cabe cuestionar su generalidad (118), y el problema puede resultar muy delicado por su conexión con las dudas más arriba apuntadas sobre el funcionamiento de la analogía en nuestro tema.

Otra cuestión que cabe plantear es la de si podría bastar o no, una vez realizada la elección o separación unilateral, con que el acreedor se diera por enterado de ella, o la conociera (119). Me inclino más bien por la solución afirmativa, debiéndose advertir de nuevo que, para ésta o para la solución negativa, cabe cuestionar también su generalidad, en parecidos términos que para la cuestión anteriormente examinada.

Cabe plantear también si, aparte de la notificación al acreedor, es o no necesaria la separación (física o por marcas) de los concretos objetos con que se pretende cumplir: si podría bastar o no con tener suficiente cantidad en un recipiente o continente con mayor capacidad,

---

de la cosecha de naranjas vendidas a causa del pedrisco) que se había planteado poco antes: en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1965. *Vid. Jurisprudencia civil*, Ministerio de Justicia, 1965, núm. 620, págs. 111 a 118; y para la sentencia comentada en el texto, 1967, núm. 823, págs. 746 a 755.

(116) Véanse ambos datos en la amplia explicación de WINDSCHEID en el lugar que he citado en la nota 77.

(117) La doctrina reconoce que esto es lo que parece derivarse del art. 1.262, aunque suele manifestar preferencia por otros criterios, como el de la recepción. *Vid.*, por ejemplo, la amplia explicación de PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 1954, págs. 221 a 240.

(118) Recuérdese otra vez que los arts. 877 y 1.452, párrafo 3.º, para nada hablan de notificación. Recuérdese también lo explicado en la nota 29 y texto correspondiente.

(119) HERNÁNDEZ GIL se inclina por la afirmativa, planteando la cuestión para las obligaciones alternativas. *Vid. Derecho de obligaciones*, 1983, pág. 148. La notificación, por lo demás, no requiere forma alguna y sin razón ha exigido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1956 que debe realizarse «fehacientemente». *Vid. la crítica a dicha sentencia de ALBALADEJO, Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1983, pág. 39.

una vez notificado que allí se contenían los objetos con que se iba a cumplir la obligación.

El que el Código hable de «elección» (art. 877, art. 1.133) o de «contar, pesar o medir» (art. 1.452, párrafo 3.º) sugiere más bien que no debe poderse prescindir de la separación previa de los objetos destinados a cumplir. Pero la *ratio* de la solución aquí adoptada y acaso la equidad (el deudor, por hipótesis, pierde fortuitamente incluso mucha mayor cantidad de la debida) parece que apuntan a lo contrario, y a que la notificación al acreedor de que se cumplirá con lo contenido en un continente de capacidad superior pueda convertir la obligación genérica en genérica limitada, de modo que deba considerarse ésta extinguida por el perecimiento fortuito de toda la mayor cantidad de género del continente. Aceptada esta solución, por supuesto, se entendería que la obligación persistiría, en su caso, sobre cualquier parte del género incluido en el almacén o continente que subsistiese tras el accidente o destrucción (120). Esta explicación, con todo, me parece rechazable por representar una aplicación ya demasiado forzada de la analogía *ex* artículos 877, 1.133 y 1.452, párrafo 3.º, y porque no entraría con ella en juego el artículo 1.183 y quedaría en general desprotegido sin justificación suficiente el interés del acreedor.

En fin, la aceptación de la teoría de la especificación unilateral, obliga a plantear también el caso en que el deudor, tras elegir o separar los objetos que pretende entregar y notificar el hecho al acreedor, vuelva luego (culpablemente) a mezclar los objetos entre los demás del género o a borrar las marcas que los hacían identificables: acaso sea defendible, entonces, que el acreedor pueda optar entre un cumplimiento por equivalente en dinero o un cumplimiento por equivalente en cosas distintas del mismo género (121).

Zaragoza, marzo de 1984

---

(120) Aceptada esta solución, parece que no tendría aquí tanto sentido como en ocasiones anteriores el cuestionar su generalidad.

(121) Esta solución, por ejemplo, me parecería mejor que no exigir como requisito de la especificación, que condiciona su validez, la seguridad y fijeza o perpetuidad de la individualización. SÁNCHEZ CALERO, siguiendo a RUBINO, exige, en efecto, para que haya especificación, «que no exista la posibilidad de que el deudor pueda sustituirla o, de cualquier otro modo, vuelva a confundirse con los demás de su género». *Vid. Las obligaciones genéricas*, RDP, 1980, págs. 656 y 658.

# Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales

LUIS MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO

Departamento de Derecho Civil. UNED

Dice el artículo 1.669 C. c. que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes» (1).

A su vez, el antiguo artículo 1.395 disponía que «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo». Como es sabido, la reforma del Derecho de Familia última ha suprimido este precepto. *Sin embargo, tanto en un caso —sociedad irregular— como en el otro —sociedad legal de gananciales—, ambas figuras jurídicas deberían regirse por los preceptos relativos al contrato de sociedad.*

En las líneas siguientes, vamos a intentar justificar esta tesis.

I.—*La sociedad irregular y la sociedad de gananciales son formas típicas de mancomunidad germánica.*

Esta argumentación se desdoblará de la siguiente manera: tras una breve introducción histórica, haremos un estudio comparativo entre las dos especies de comunidad que el Derecho civil conoce y a continuación veremos como los dos supuestos estudiados encajan en la comunidad germánica (1').

a) En el Derecho romano, la comunidad doméstica (institución social que se nos aparece como una figura jurídica espontánea) que

---

(1) Ya la doctrina había declarado que el art. 1.669, párr. 1.º, no era un precepto claro ni de fácil aplicación. Llegaba a la conclusión que el supuesto contemplado en dicho precepto se refería a una sociedad en cuyo contrato se ha establecido que los socios contraten habitualmente en nombre propio con los terceros, manteniéndose además secretos los pactos para que sólo sean eficaces entre los socios.

Se diferencia de la sociedad irregular mercantil en que ésta actúa habitualmente en el tráfico jurídico *como tal sociedad*, aunque sin personalidad jurídica, mientras que aquella no.

(1') ¿Quid acerca de la comunidad hereditaria? En nuestra opinión, constituye un caso intermedio entre la comunidad romana y la comunidad germánica. Veremos esto más adelante.

debió existir en el *ius civile* más antiguo, sirvió de modelo a otra forma posterior de comunidad, la *societas* (institución jurídica imitada a base de la anterior figura espontánea). Kreller señala que el concepto de *societas* fue obtenido a base de transportar el concepto desde su concepción originaria, en la que se formaba y se mantenía la comunidad entre los hermanos (*fratrum societas*) a la muerte del padre, hasta el concepto de comunidad obtenido por el proceso de comunicación de bienes formada artificialmente con la mediación del consentimiento (2).

Es decir, se pasó de la comunidad doméstica espontánea y correspondiente al interés de un grupo social, a la comunidad artificiosa y correspondiente al interés individual de quienes celebraban el contrato consensual de sociedad. Entre una y otra medió, como puente de paso, el *consortium* o comunidad doméstica artificial formada a base de la imitación de la antigua comunidad espontánea entre los hermanos.

Los nuevos fragmentos de Gayo muestran precisamente este eslabón intermedio entre la vieja comunidad familiar y la *societas* consensual; tal eslabón permitió pasar a la forma jurídica imitada por quienes *ad exemplum fratrorum suorum societatem coierint*.

Schulz dice que es posible, aunque no puede asegurarse, que la *societas* clásica fue una forma jurídica derivada del *consortium* (*fratrum societas*) (3). Noyes declara que de la familia romana derivó seguramente el sistema de propiedad colectiva conocida en Roma con el nombre de *societas* y con el de *partnership* entre los anglosajones (4). Arias Ramos hace notar la *communis opinio* que existe entre los romanistas acerca del enlace histórico que media entre el contrato consensual de sociedad y el antiguo estado de indivisión del patrimonio familiar (5).

A lo largo del tiempo, la comunidad romana evolucionó en un doble sentido (6): uno de ellos, como ya hemos dicho, condujo del *consortium primitivo* a la *societas*, y otro llevó a la degradación de aquella situación de comunidad hasta el punto de reducirla a una situación incidental (*communio incidens*). Es decir, cuando las antiguas figuras se adaptan a las nuevas finalidades, la estructura compleja de la comunidad sin cuotas, que era una característica espontánea del primitivo *consortium*, pudo servir a nuevas funciones, a saber, las que entre nosotros se alcanzan muchas veces mediante el artificio técnico de la persona jurídica (7).

En cambio, cuando la situación de comunidad fue dejada a su propia suerte, se convirtió en lo que para nosotros es la figura típica de

(2) KRELLER, *Römisches Recht-Grundlehren des gemeinen Rechts*, Viena, 1950, págs. 863 y ss.

(3) SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona 1960, pág. 525.

(4) NOYES, *The Institution of Property*, Nueva York, 1936, págs. 463 y ss.

(5) ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, RDP, marzo de 1942, págs. 141 y ss.

(6) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, 3.ª ed., Barcelona 1979, pág. 9.

(7) Dice SCHULZ, *op. cit.*, pág. 86, que tanto el concepto como la expresión persona jurídica fueron completamente desconocidos en el Derecho romano.

la comunidad romana, con cuotas ideales. Cuando la familia dejó de representar un grupo social con personalidad propia y en lugar del pacto de mantener la herencia indivisa se generalizó la costumbre de pedir su partición, también se reflejó sobre el patrimonio familiar el derecho separado que cada comunero alcanzaría con la división y que entretanto debía ser concebido como una cuota indivisa.

Esta es la conclusión del Derecho romano que ha llegado hasta nosotros a través del *Corpus iuris*. Un texto de Ulpiano en el *Digesto* (D. 13.6.6.15) lo pone de manifiesto: «Si a dos se les hubiera dado en comodato un vehículo, o en arrendamiento juntamente escribió Celso, el hijo, en el libro sexto del *Digesto*, que podía preguntarse ¿quedará acaso cada uno de ellos obligado por el todo o por su parte? Y dice que, ciertamente, no puede ser de dos íntegro el dominio o la posesión, ni cualquiera ser señor de parte de la cosa, sino que tiene en parte el dominio de toda la cosa sin dividir». Estas últimas palabras: *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*, son las que repiten los tratadistas cuando quieren poner de manifiesto la naturaleza de la comunidad romana o por cuotas. Puede afirmarse (8) que ha quedado reducida a una forma técnica adaptada a la protección de intereses puramente individuales, aunque se hallen incidentalmente en situación de cotitularidad. El interés del grupo social ya se ha perdido, por lo que en lugar de la protección de los intereses comunes, adquiere especial relieve la protección del interés de cada cotitular mediante los derechos a disponer de su cuota indivisa y de ejercitar la acción de indivisión.

No debe extrañar que cuando nuestra jurisprudencia ha tratado de señalar la esencia de aquellas situaciones de comunidad que representa algo más que un conglomerado de intereses individuales, no haya podido aplicar la individualista noción de la titularidad plural que se manifiesta en varias cuotas divisibles y enajenables, sino que ha debido reconocer que se trata de un tipo de comunidad de las llamadas en mano común.

Se afirma generalmente que la comunidad en mano común es la comunidad germánica, en oposición a la comunidad romana o por cuotas. En realidad no faltó en Derecho romano primitivo un tipo de comunidad equivalente a la llamada comunidad germánica, como sucedió con el ya citado *consortium* familiar. Pero el hecho de que el Derecho germánico sea cronológicamente posterior y que, por diversas razones, sufriera una detención precoz en su desarrollo, presenta a nuestra atención, como forma peculiar, el tipo de comunidad en mano común que contrasta con la última forma de comunidad del Derecho romano.

La *Gesamteigentum* o *Eigentum zur gesamten Hand* del Derecho germánico aparece en etapas primitivas de este Derecho y representa el fundamento económico de la *Sippe primitiva*. Esta, como grupo so-

---

(8) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 10.



cial coherente, era el verdadero titular del dominio por encima de los miembros que la integraban. De aquí la expresión alemana «*allmende*» (lo que era de todos, la comunidad) para designar las tierras del común. Lo que acaso podía manifestarse por separado era el disfrute de dichos miembros con referencia a una porción del terreno comunal, pues «a causa de que nadie tenía interés en recibir más de lo que podía cultivar, fue posible que las cuotas individuales se estructuraran de modo diferente en atención a las fuerzas de trabajo de que cada uno disponía» (9).

b) Tras esta breve introducción histórica, pasemos al estudio de las distintas notas diferenciadoras de ambos tipos de comunidad.

Para Puig Brutau (10), en la comunidad romana o por cuotas, los cotitulares están unidos por la unidad de la cosa en la que tienen una participación patrimonial y en la comunidad en mano común o germánica existe un vínculo personal entre los cotitulares a que se halla subordinada la misma relación real. Por ello, en el primer caso, los titulares pueden disponer separadamente de su parte, lo que está excluido en el segundo, pues la relación personal o familiar en los sujetos excluye la libre sustitución de cualquiera de ellos. En la comunidad en mano común existe una relación más íntima entre los miembros de la colectividad. Mientras lo esencial en la comunidad romana es la unidad del objeto frente a una pluralidad de sujetos cuyos derechos se limitan recíprocamente, en la germánica existe una pluralidad de sujetos que ostentan una sola titularidad y un solo derecho. Aunque sus voluntades siguen siendo distintas, deben manifestarse conjuntamente.

En la comunidad romana, la cuota representa la medida del goce que corresponde al condómino y la cuantía y medida del derecho mismo. Forma parte del patrimonio de cada titular y es susceptible de actos de disposición, con independencia de las cuotas de los demás. En cambio, en la comunidad germánica la cuota sólo significa que su titular forma parte de la comunidad, a la manera de una expectativa para el caso de ruptura del vínculo personal. Mientras subsiste este vínculo personal que es el fundamento de esta comunidad, los titulares no pueden ejercitar ninguna acción de división. Los actos colectivos sólo corresponden al mancomún, al grupo colectivo.

La comunidad germánica será además, la más adecuada para proteger el interés supraindividual, mientras que la comunidad romana se limita a la protección de los intereses puramente individuales de los comuneros.

García Granero, a su vez, establece la dogmática de la comunidad de mano en común (11). Según este autor, son características esenciales de la misma:

1. En cuanto al régimen de aprovechamiento de la cosa común

(9) BRUNNER y VON SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*, Barcelona 1936, pág. 9.

(10) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 7 y ss.

(11) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad*, RCDI, 1946, págs. 227 ss.

cada comunero aparece investido de todas las facultades de goce y aprovechamiento sobre la cosa entera, pero sin que esto determine la exclusión de los demás, sino más bien un armónico concurso de todos ellos. Todos pueden usar de la cosa por entero, mas sin que ninguno pueda pretender para sí una porción o cuota exclusiva, ya que el disfrute de la cosa es colectivo, está destinado no a los fines particulares de los miembros, sino a los fines solidarios del grupo. Por eso el aprovechamiento se hace en forma indeterminada, es decir, sin que estén prefijadas las cuotas o porciones que cada condueño tiene derecho a obtener; cada uno de éstos saca aquella utilidad de que tiene necesidad, indiferentemente de si los otros gozan más o menos. El provecho que deriva al patrimonio por el trabajo de uno de los comuneros es común a todos, así como el daño causado por uno de los miembros lo sufre el conjunto de ellos.

Y asimismo, las deudas de la comunidad son también deudas de los comuneros, afectan a éstos de forma indivisa, por lo que viene a surgir entre los mismos una responsabilidad colectiva y solidaria.

De esta especial forma en que se efectúa el disfrute de la cosa o patrimonio común, surge una distinción radical entre la comunidad germánica y la romana. En ésta, es esencial la idea de cuota; en aquélla, por el contrario, la noción de cuota es desconocida.

2. Otra característica es la indisponibilidad e intransmisibilidad de los derechos de los comuneros, lo que lleva a la improcedencia del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

3. Por último la comunidad germánica se caracteriza por sus vínculos personales entre los comuneros.

A modo de *resumen*, podemos establecer lo siguiente: el tipo de comunidad romana se caracteriza porque *predominan en la misma los intereses puramente individuales*, a los que resulta de suma conveniencia la posibilidad de negociar las cuotas y de ejercitar en cualquier momento la acción de indivisión. Como ha dicho Beltrán de Heredia (12), la división responde al carácter especial que presenta la comunidad de tipo latino, de la que está totalmente ausente todo sentido de solidaridad social.

En cambio, la comunidad de tipo germánico se identifica porque *prevalece el interés comunitario* o de un grupo social, lo cual impide que se configuren cuotas negociables a favor de los comuneros y que éstos puedan ejercitar la acción de división, al tener que predominar un interés superior al de cada individuo.

c) No obstante estas notas diferenciadoras, hay que subrayar el hecho de que *ambas son dos especies del género «comunidad»*.

En este sentido, existe un trabajo de Larenz (13) cuyas conclusiones hay que exponer aquí.

---

(12) BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid 1954, pág. 329.

(13) LARENZ, *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, Anuario de Ihering, XLVIII, 1933, págs. 108 ss. Citado por LACRUZ, *Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, RGLJ, 1950, I, págs. 33 ss.

El autor se aplica a demostrar primeramente que la esencia de la copropiedad no ha sido bien entendida por quienes mantienen que la cosa, si bien no es dividida realmente, es pensable como dividida en partes intelectuales. De hecho las diversas facultades que emanan de la propiedad no se dividen. Cada partícipe está legitimado para el uso de toda la cosa, en tanto no perjudique con ello la copropiedad de los demás, y es posible, por decisión de la mayoría, asignar a cada uno de los copropietarios el uso de partes espacialmente limitadas de la cosa.

Pero esta distribución del uso no es una división en el sentido de crear independientes objetos de derecho. La facultad de usar la cosa, pues, no resulta dividida en cuotas: la legitimación de cada partícipe alcanza a la totalidad de ésta. Lo mismo puede decirse en cuanto a la administración: no es partida, sino que cada uno puede participar en ella. «Participación y partición no son precisamente lo mismo», observa el autor. Y de modo parecido ocurre con los frutos producidos por la cosa común, que según la tesis de la división por cuotas intelectuales deberían ser adquiridos *pro parte*, independientemente por cada uno de los comuneros, mientras, en realidad, si se trata de vender una parte de éstos, la venta habrá de efectuarse en común, y de la misma manera habrá de realizarse la percepción de los llamados «frutos mediatos», v. gr., el precio del alquiler de la casa común; pese a ser ésta una prestación divisible, ninguno de los comuneros puede reclamar del inquilino la parte que en él parece corresponderle, según decide la jurisprudencia.

En cuanto a las acciones, cada uno puede hacer valer independientemente su participación contra terceros (*vindicatio partis*) y, además, también la acción reivindicatoria por la totalidad del objeto, pero sólo puede demandar la restitución a todos los comuneros. Ahora bien: cuando un copropietario demanda el ser incluido entre los copropietarios de una cosa (*vindicatio partis*), no hace valer la propiedad común (lo cual sería una petición de principio), sino su propia situación jurídica basada en su participación. El copropietario tiene, no *partem vindicationis*, sino *vindicationem partis*. Y tampoco es dividida la facultad de disposición sobre la propiedad: cada copropietario puede disponer de la situación jurídica que le compete, pero al hacerlo no dispone de una parte de la propiedad. Sobre el objeto en su totalidad, sólo pueden disponer todos los partícipes en común, y esta disposición total no es una suma de las disposiciones sobre las participaciones, sino algo más como se demuestra por el hecho de no poder constituirse *pro parte* una servidumbre. «El gravamen de la cosa común a favor de uno de los copropietarios sólo puede ser entendido como disposición sobre ésta, y no sobre la suma de las participaciones, puesto que el derecho que se constituye en favor del copropietario adquirente recae sobre toda la cosa y no sólo sobre las participaciones singulares».

El resultado de esta investigación es que ninguna de las facultades que habitualmente contiene la copropiedad resultan divididas entre los copropietarios; por el contrario, o son multiplicadas al atribuirse a

cada uno de ellos en su totalidad, o permanecen unidas y deben ser ejercidas por todos los comuneros juntamente. Luego la teoría de la división del derecho en cuotas intelectuales no es apta para hacer conceptualmente comprensible la propiedad. Por lo demás, sólo puede dividirse lo que es susceptible de una estimación cuantitativa, especialmente lo que tiene una entidad especial o temporal: lo que es mensurable en números, y los números mismos. Podríamos dividir la propiedad si ésta fuera una suma de prerrogativas uniformes que pudieran ser repartidas, v. gr., cuatro a uno y seis a otros. Pero ni la propiedad contiene tal suma ni las facultades que de ella emanan pueden ser divididas: antes bien, se atribuyen indivisa a los copropietarios, pero modificadas, limitadas o caracterizadas de modo especial. Por el hecho, pues, de que la propiedad sobre una cosa es atribuida comunalmente a varios, experimenta un cambio que no consiste ciertamente en una división, sino en una desmembración y transformación de su contenido jurídico. A causa de este fenómeno, en lugar de la esfera de señorío, única e ilimitada del propietario singular, surge una pluralidad de esferas jurídicas de los copropietarios que, empero, no coexisten autónomamente, sino que se presuponen, se relacionan y mutuamente se limitan. «El derecho común está desmembrado, no dividido, y a consecuencia de la desmembración su contenido queda cambiado y transformado. Una participación en tal derecho no proporciona, por cierto, más ni menos facultades que el derecho íntegro; empero, proporciona las facultades que normalmente contiene el derecho con una modificación que se produce precisamente a causa de la desintegración de la situación jurídica exclusiva del copropietario en otras varias, recíprocamente vinculadas y codependientes». Cada uno de los partícipes tiene todas las facultades contenidas en el derecho, empero, con las modificaciones producidas por su desintegración. El derecho total, que compete a todos mancomunadamente y a cada uno por su participación, no es sólo la suma de particulares situaciones jurídicas que llevan consigo las participaciones, sino también el vínculo que une a todas estas participaciones en un complejo total. Esta unidad jurídica se manifiesta en la posibilidad de disponer todos conjuntamente sobre el derecho. En tal caso la disposición conjunta versa directamente sobre éste, y no sobre las participaciones, las cuales, como dice Binder (14), son un presupuesto para la disposición, pero no el objeto de ésta.

En la segunda parte de su trabajo analiza Larenz la naturaleza de las relaciones entre los copropietarios. Contra la teoría dominante, entiende que no pueden reducirse a simples relaciones de obligación: las más, por el contrario, se refieren a la organización de la comunidad, y regulan, no la delimitación de esferas jurídicas independientes, sino la organización de una esfera jurídica común: ciertamente, no será una organización como la de una persona jurídica, pero también en la copropiedad hay normas que merecen el calificativo de «sociales», entendiéndose por tales «aquéllas que regulan la participación de una plurali-

---

(14) BINDER, *Rechtsstellung des Erben* III, Leipzig 1905, pág. 45.

dad de personas en una esfera jurídica consorcial y en la formación de la voluntad colectiva necesaria para el gobierno de los intereses comunes». Dichas normas, ni someten un objeto a la exclusiva voluntad de una persona, ni se resuelven en un crédito, antes bien, atribuyen a los partícipes determinados poderes para influir en determinada forma en la esfera jurídica colectivas. Se refieren principalmente, a la administración y disposición de la cosa común. Con esto vemos también en la copropiedad cierta cohesión personal.

En definitiva, «las relaciones de comunidad pueden contemplarse desde dos diferentes puntos de vista: desde el del derecho común y su desmembración en participaciones, aparecen de naturaleza jurídica objetiva; desde el de los sujetos partícipes y su reunión en una unión de personas, aparecen de naturaleza social. En una norma aparecerá más claro uno de estos puntos de vista, y en otra el otro, pero ambos son inseparables, precisamente porque el desmembramiento del derecho es necesario para la reunión de los legitimados con respecto a él en una unión de personas, y tal reunión existe sólo en relación al derecho común».

Ahora bien, en el Derecho puede aparecer la reunión de personas como una consecuencia ulterior de la pertenencia plural de un objeto, o bien puede aparecer la desmembración de un derecho en participaciones de su contenido jurídico como consecuencia de la anterior o simultánea reunión de una pluralidad de personas en una cierta unidad. En esta diferente consideración reside precisamente, sin más, la diferencia de naturaleza jurídica entre la comunidad romana y la comunidad en mano común. Por el contrario, esa diferencia no alcanza a la naturaleza de las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio: no son éstos derechos personales ni derechos de miembros de una corporación, ni derechos sobre un patrimonio, sino que tienen la misma naturaleza del derecho a que se refieren. Ahora bien, mientras la participación sobre una cosa común corresponde a un copropietario de modo inmediato, a un comunero en mano común sólo mediatamente le compete, y ello tanto porque la cosa forma parte de un patrimonio consorcial destinado a un fin, como porque la participación le es conferida a causa de su pertenencia a una comunidad personal.

Concluyendo, aunque existen divergencias entre ambas especies de comunidad, ninguna afecta a la esencia de la institución, que es idéntica en ambas (15).

c) Una vez examinadas las notas configuradoras de ambas clases de comunidad, no siendo esencialmente distintas, vamos a ver cómo la jurisprudencia y la doctrina consideran que tanto la sociedad de gananciales como la sociedad irregular son formas típicas de mancomunidad germánica.

Sin embargo, antes que nada, hay que plantearse la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: ¿acaso la doctrina alemana no afirma que se trata de un supuesto clásico de mancomunidad germánica?

(15) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 33.

En nuestra opinión, estamos en presencia de una institución intermedia, con puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la comunidad de mano común. Así, nos dice García Granero (16), en el régimen interno, y en cuanto al goce de las cosas comunes, se rige por la regla de la proindivisión romana, de la que toma también su carácter transitorio y la existencia de cuotas. En el régimen externo, a efecto de la garantía de los acreedores, actúan los principios rectores de la comunidad en mano común, de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los comuneros.

En el mismo sentido, declaran Díez-Picazo y Gullón (17) que con respecto al tema relativo a si el modelo de organización de esta comunidad es la llamada comunidad romana o la germánica, la cuestión no admite una solución perfectamente clara. A juicio de ambos, no se está en presencia de la comunidad germánica que presupone la comunidad de cuotas y la inadmisibilidad de la acción divisoria. Ambos factores, procedentes de la tradición romana de la *actio familiae erciscundae*, se dan en la herencia indivisa en cuanto a la titularidad de la misma como *universitas*. Sin embargo, la comunidad hereditaria no se ajusta plenamente al modelo de la *communio incidens* de los artículos 392 y ss. Y ello porque, a pesar de haber cuotas y acción de indivisión, mientras que la indivisión dure la titularidad sobre los bienes concretos es consorcial, del grupo. No hay cuotas ni posibilidad de pedir la división respecto de cada bien.

¿Tendría sentido aplicar a la comunidad hereditaria las normas relativas al contrato de sociedad, en la línea mantenida en este trabajo? En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Esta comunidad es siempre incidental y transitoria: falta el carácter de permanencia propio de las dos figuras que estamos estudiando, que impediría la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes de tipo romano recogidas en nuestro Código civil.

Por el contrario, sostenemos, en base a la doctrina y la jurisprudencia, que tanto la sociedad legal de gananciales como la sociedad irregular son formas típicas de comunidad germánica.

En primer lugar hay que subrayar que un ilustre historiador español, Hinojosa, ha defendido el origen germánico de las comunidades matrimoniales en España (18). Dice este autor que encontramos en todos los Estados cristianos de España la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de «germanitas», «hermandad», «hermanamiento» «agermanament». La extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberla tomado unos Estados de otros, conduce a establecer la conclusión de

---

(16) GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pág. 623.

(17) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid 1982, pág. 700.

(18) HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid 1915, págs. 19 y 20.

que la comunidad de bienes procede del Derecho consuetudinario visigodo.

Y hace notar Cárdenas (19), respecto a la comunidad matrimonial de bienes, que entre los romanos no se conoció jamás este derecho, que era incompatible con la precaria situación jurídica de la mujer.

Añaden Díez-Picazo y Gullón (20) que es admisible la hipótesis que atribuye a la sociedad de gananciales un origen germánico. Y es admisible por dos tipos de razones: la primera es que el Derecho romano no conoció las formas de comunidad entre cónyuges, porque impuso el régimen dotal. La segunda hace referencia al propio régimen de vida de los germanos.

Se dice que era costumbre en las tierras septentrionales de Europa que las mujeres acompañaran a sus maridos en la paz y en la guerra y que por ello era justo que compartieran, al lado de los peligros las utilidades del botín. Tácito, al relatar las costumbres de los germanos, cuenta que, llegado el momento de tomar estado, se advertía a las mujeres que se convertían en asociadas de los trabajos y peligros (*laborum periculorumque socias*).

No obstante estas breves notas históricas, hay que advertir que cuando afirmamos que la sociedad de gananciales es una situación de comunidad germánica, no queremos con ello decir que traigan su causa histórica directamente del Derecho germánico, sino simplemente que se trata de un fenómeno jurídico que doctrinalmente puede ser explicado mediante el expediente dogmático de la comunidad sin cuotas.

En base a las notas definitivas de la mancomunidad germánica anteriormente citadas, afirmamos que la sociedad de gananciales participa plenamente en las características de aquélla:

1. En la comunidad conyugal, no hay cuotas. El patrimonio pertenece conjuntamente a los cónyuges; éstos son cotitulares del mismo.

2. La comunidad de gananciales es indivisible, de modo que los cónyuges, mientras no desaparezca el vínculo que los une, no pueden pretender la disolución de la sociedad y la división del líquido ganado partible.

3. Los cónyuges están ligados por un vínculo personal y estrechísimo de economía única, de vida común, de cohabitación, de unidad espiritual y sexual, que los liga íntimamente y los erige en titulares personalísimos y conjuntos del patrimonio comunal.

4. Todas estas notas son, en definitiva, consecuencias del fin extraindividual propio del matrimonio.

En diversas resoluciones, la Dirección General de los Registros ha confirmado el carácter de comunidad sin cuotas de la sociedad de gananciales. A título de ejemplo, la Resolución de 8 de noviembre de 1944 declaró que «es una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división».

(19) CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, II, Madrid 1884, pág. 63.

(20) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 221.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967 se expresó en los siguientes términos: «... lo que indujo a interpretarla (a la sociedad de gananciales) como una forma de comunidad, no de las de tipo romano o por cuotas partes recogida en nuestro Código en los artículos 392 y ss., cuyas reglas resultan inaplicables en cuanto índice de una titularidad coincidente, independiente y autónoma— sino de las llamadas germánica o en mano común, con la que evidentemente, aunque sin identificarse con ella, ofrece analogías debidas a su especial carácter y finalidad, pues ya se la denomine sociedad o se la llame comunidad, lo cierto e indudable es que se trata de una institución de Derecho de Familia que imprime su sello peculiar no sólo a las relaciones personales sino también a las patrimoniales y produce en este caso el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos, el marido y la mujer, *vinculación que impide su división*, así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema contrastante de la mayoría, porque todo ello es incompatible con los principios rectores de la institución familiar, basada en la idea de la organización jerárquica y *presidida por un fin trascendente a los particulares de los miembros que la integran*.

El problema es algo más complejo tocante a la sociedad irregular. Pero no tenemos ninguna duda en cuanto a su inclusión dentro de la mancomunidad germánica.

Por el contrato de sociedad, los contratantes se obligan a poner en común dinero, bienes o industria. Advierte Roca Sastre (21) que el contrato de sociedad puede ser la base causal y motivadora de un fenómeno de comunicación de bienes, el cual se considera transferido a un sujeto de derecho distinto de los socios. La sociedad civil, como persona jurídica, es titular del patrimonio social: dueña de los bienes aportados, titular de los créditos correspondientes a las promesas de aportación y sujeto de derecho al que se vincularán las adquisiciones futuras. Por ello —termina Roca Sastre— cuando el contrato no puede dar lugar a una nueva personalidad jurídica, distinta de la de cada socio, han de aplicarse las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (art. 1.669, párr. 2.º).

Estamos de acuerdo en que se produce un fenómeno de comunidad. Sin embargo, no podemos estarlo con lo dispuesto en el artículo citado, porque implica una desnaturalización de la propia esencia de la sociedad.

En nuestra opinión, la sociedad es un contrato por el cual varias personas se obligan recíprocamente a propulsar, mediante su cooperación, *un fin común*.

Para la mejor obtención del mismo, el Derecho le concede el pri-

---

(21) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, RGLS, 1946, pág. 413.



vilegio de crear una persona jurídica, privilegio que no forma parte de la propia esencia del acuerdo. Pero si por cualquier razón no nace dicha personalidad jurídica, el contrato de sociedad subsiste. En pura doctrina, estaríamos entonces en presencia de *una suerte de propiedad colectiva*, caracterizada por el cumplimiento de fines extra-individuales, lo que excluye el ejercicio de la acción de división propia de la comunidad romana por cuotas.

Por otro lado, la sociedad se define también por ser un contrato de confianza, de vínculos personales estrechos entre los socios y, por tanto, siempre se contrae *intuitu personae* (22). Todas estas notas nos hacen pensar que la sociedad —conceptualmente equivalente a la sociedad irregular— es un supuesto de mancomunidad germánica (23).

Es ilustrativo examinar, en este sentido, lo que sucede con la sociedad irregular mercantil. Dice Garrigues (24) que una consecuencia de la falta de personalidad jurídica de la sociedad irregular es la responsabilidad de los gestores de la misma para con las personas extrañas con quienes hubiesen contratado en nombre de la misma. El motivo es lógico: si los contratos de una sociedad irregular no son válidos, es claro que no pueden producir acción alguna de cumplimiento ni a favor de la sociedad ni a favor de tercero. ¿Cómo proteger entonces al tercero que contrata con quien creía gestor de una sociedad legalmente constituida? Legalmente para proteger la buena fe del tercer contratante, el artículo 120 C. Com. concede a ese tercero acción, no contra la sociedad, puesto que no existe como persona jurídica, sino contra los encargados de la gestión social que indebidamente contrataron a nombre de una sociedad inexistente. De este modo se evitan las consecuencias injustas que tendría la actitud de la sociedad demandada que, invocando el artículo 118 C. Com., alegare no tener personalidad legal para cumplir el contrato. La acción establecida en el artículo 120 C. Com. no va dirigida a conseguir el cumplimiento del contrato, sino a exigir de la indemnización de los daños y perjuicios.

Pero nos indica también Garrigues que esta interpretación del Código de comercio, derivada de la combinación de los artículos 116, 118 y 120 conduce a consecuencias excesivas al no reconocer la existencia de un patrimonio común entre los socios de la sociedad irregular y ofrecer al tercero de buena fe sólo la responsabilidad personal de los que contrataron en nombre de la sociedad. Esta ha sido, sin duda, la razón que ha llevado al Tribunal Supremo a suponer la existencia de una comunidad o mancomunidad patrimonial en la sociedad irregular mercantil y permitir a los acreedores que hagan presa en esos bienes. Por ese camino se llega a sostener en la doctrina la aplicación de la figura de la sociedad colectiva (25) y de un régimen de responsabilidad

(22) Cfr. art. 1.696 C. c.

(23) HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1958, pág. 256.

(24) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., pág. 340.

(25) Si estudiamos la regulación legal de la sociedad colectiva, observaremos rasgos característicos de la mancomunidad germánica.

solidaria que favorece a terceros, que invocan la escritura en lo que les favorece (art. 24).

II. *Siendo formas típicas de mancomunidad germánica, no son fácilmente aplicables a la sociedad irregular y a la sociedad legal de gananciales las reglas comprendidas en los arts. 392 y ss. del Código civil, por inadecuadas a la verdadera naturaleza de estas figuras jurídicas. Serían aplicables las normas sobre el contrato de sociedad contenidas en el Código civil, dada la semejanza existente entre la comunidad y la sociedad.*

a) La doctrina alemana no ha dudado en destacar la semejanza existente entre la sociedad y la comunidad. Ciertamente que el BGB no atribuye personalidad jurídica a la sociedad civil. Sin embargo, como hemos visto e insistiremos más adelante, la creación de la personalidad jurídica no forma parte de los elementos constitutivos del contrato de sociedad. De acuerdo con esto, Heck (26) catalogó la sociedad civil como una de las formas de comunidad. Hizo la distinción entre cotitularidad, de un lado que comprendía las distintas formas de comunidad en sentido amplio; dentro de ésta, la comunidad en sentido técnico que comprendía a su vez dos supuestos: comunidad por cuotas partes y «comunidad en mano común» que a su vez comprende la comunidad familiar, la comunidad hereditaria y la sociedad civil.

En nuestra doctrina, Donderis (27) y Bonet (28) manifiestan que la comunidad es una sociedad, con lo que dan a entender, en nuestra opinión, que aquella figura está organizada en forma de contrato de sociedad.

En Italia, Navarrini (29) expone que la comunidad es la base de la sociedad, que no dejaría de serlo por el hecho de estar modificada en virtud de las reglas propias del contrato de sociedad.

Otros autores han partido de la existencia de un término amplio denominado «comunidad-género» para descender después a los distintos supuestos de ella, uno de los cuales sería la «comunidad simple» y otro la «comunidad-cualificada» o «comunidad-sociedad». Rotondi (30) habla de comunidad, comunidad incidental, comunidad voluntaria y comunidad-sociedad, que puede ser a su vez civil y mercantil.

En nuestro Código civil se da un entrecruce entre los conceptos de sociedad y comunidad. Al tratar de la sociedad civil, observaremos los términos «poner en común» (arts. 1.665 y 1.673), «interés común» (art. 1.666). Igualmente se alude a las expresiones «propiedad común» (art. 1.674), «comunicación recíproca» (art. 1.674, párr. 2.º), «uso y frutos comunes» (art. 1.687), «cosas comunes» (art. 1.695, regla 3.ª).

En el Código de comercio, nos encontramos con el empleo del tér-

(26) HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, págs. 366 y ss.

(27) DONDERIS, *La copropiedad en Derecho español*, pág. 36

(28) BONET, *Comentario a la S. del TS del 15 de octubre de 1940*, RDP, i941, págs. 35 y ss.

(29) NAVARRINI, *Communione, società, fallimento*, Riv. Dir. Commerc., 1923, II, págs. 635 y ss.

(30) ROTONDI, *Communione, società, fallimento*, Riv. Dir. Commerc., 1923, II, pág. 665.

mino «poner en fondo común» (arts. 116 y 122, núm. 2). Además del mismo, vemos empleado por el legislador mercantil las siguientes expresiones que están haciendo referencia a la idea de comunidad: así, cuando habla de «negocios comunes» (art. 129), «masa común» (artículos 132, 153, 170 y 171), «interés común» (art. 154) y «acerbo común» (arts. 136 y 139). En nuestra opinión, el legislador, tanto en el Código civil como en el Código de comercio pretendió poner en relación los términos «sociedad» y «comunidad» para indicar su íntimo parentesco.

Incluso, como ya ocurrió en el Derecho romano, se presentan casos de lo que podríamos denominar «comunidad convencional», que surgía no de un modo incidental, sino por acuerdo de la voluntad de las partes. Esta posibilidad de existencia de las comunidades voluntarias dio lugar al nacimiento de una postura tradicional romanista, que consideraba a la comunidad como un «cuasi contrato de sociedad».

La doctrina habla también de supuestos de transformación de la comunidad en sociedad. Destaca el caso en que los herederos de un comerciante que reciben en común una explotación de un negocio. Ha sido muy discutido en la doctrina si puede decirse que continúan el ejercicio del comercio en forma de una sociedad mercantil o, por el contrario, que no existe más que una simple comunidad.

La mayoría de la doctrina (31) opina que si, ya sea por voluntad del testador, ya sea por la propia voluntad de los comuneros, la comunidad se erige en forma duradera de explotación del negocio, este solo hecho determina la conversión de la comunidad en sociedad. Nos encontraríamos con dos sub-especies del género «cotitularidad» (31): cotitularidad de una explotación es sociedad; cotitularidad de un bien es comunidad. Dicho con otras palabras: la comunidad es una sociedad estática, mientras que la sociedad es una comunidad dinámica.

Incluso el vínculo societario puede inferirse del comportamiento tácito concluyente de los interesados (32). En este sentido, ha declarado el Tribunal Supremo que «existiendo un pacto entre coherederos continuando determinados negocios industriales de su causante para así beneficiarse económicamente, y no sólo para conservar sus bienes, cabe calificar la situación de permanencia en proindivisión sin más, de comunidad societaria, pues si bien la falta de requisitos formales que el Código de comercio exige para el contrato de sociedad impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social frente a terceros, al concurrir los requisitos esenciales del contrato de sociedad, estamos ante una sociedad irregular o de hecho, pues los artículos 1.278 y 1.667 del Código civil y 1.117 del Código de comercio, autorizan esta conclusión» (33).

(31) DÍEZ PICAZO, *Sucesión por muerte y empresa mercantil*, «Estudios de Derecho Privado», Madrid 1980, pág. 324.

(32) GARRIDO, *Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil*, RDP, 1972, II, pág. 771.

(33) St. 16 de abril de 1942.

b) Como vemos, a nivel general es perfectamente plausible la aplicabilidad de la normativa societaria a la comunidad. Pero es que, *en concreto*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aplicado dicha normativa a ambas figuras.

Empecemos por la sociedad legal de gananciales. Como ya hemos dicho al principio, antes de la reforma del derecho de familia existía el artículo 1.395 que hacía referencia a esta cuestión. La doctrina ha criticado vivamente su supresión. Así, Lacruz y Sancho (34) no alcanzan a adivinar cuáles han sido los motivos por los cuales la reforma ha suprimido este precepto.

«Ciertamente —nos dicen— hay diferencias fundamentales entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes: en aquélla el fin de lucro se halla sustituido por otros de índole superior, y, no hay propiamente *affectio societatis*: representación subjetiva de los elementos económicos y objetivos que constituyen la esencia del contrato de dicha sociedad. Pero al lado de estas diferencias, existen analogías importantes. El vínculo conyugal, aun bajo el régimen de separación, entraña una forma de colaboración entre esposos para mantener el hogar con sus prestaciones interrelacionadas de actividad personal y medios materiales y esta colaboración, al proporcionar a cada uno el beneficio y el ahorro que resultan de la división del trabajo, presenta ya un evidente matiz asociativo. Matiz que se acentúa vigorosamente cuando media el régimen legal: entonces hay, sobre todo lo anterior, algo más: una ganancia repartible procedente de las actividades lucrativas de los cónyuges o de la de uno de ellos ayudado en casa por el otro. El «fin de lucro» no es aquí directo, desde luego: a diferencia de las sociedades civiles y mercantiles, que se crean para ganar dinero, el consorcio conyugal se dispone por la ley, una vez existente el matrimonio, a fin de atender a sus cargas. Más si hay un beneficio social. La afinidad es máxima con la sociedad universal de ganancias que se reparten al disolverse el consorcio definido por el artículo 1.675 Código civil, y cuyos socios no han de dedicarse todos, necesariamente, a procurarse lucros mediante una actividad empresarial, pudiendo uno de ellos levantar las cargas extra-laborales de los otros como contribución al negocio común sin desvirtuar el concepto legal».

Dada esta analogía —concluyen— la supresión del viejo artículo 1.395 no impide recurrir, a falta de reglas específicas en el sistema de los artículos 1.344 y ss., a las normativas y principios de las sociedades civiles, a lo cual incluso apunta el propio nombre del instituto, que no ha dejado de llamarse «sociedad» (35).

En cuanto a la sociedad irregular mercantil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado, en diversas ocasiones, que la normati-

---

(34) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Familia*, Fascículo II, Barcelona 1982, pág. 401.

(35) Han escrito Díez PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 223, que ya históricamente preponderó la idea de sociedad. No se hacen necesariamente comunes ningún tipo de bienes y hay únicamente unas reglas de distribución de beneficios.

va aplicable a la misma es la constituida por las reglas del Código de comercio referente a la sociedad colectiva (36), (37).

*En el fondo*, siguiendo la terminología de Würdinger (38), tanto la sociedad irregular como la sociedad de gananciales, como la sociedad con personalidad jurídica son *comunidades de fin*. La idea de la finalidad las hace participar de unos mismos caracteres estructurales. Este autor realiza una clasificación de la comunidad en sentido amplio que comprende fundamentalmente dos tipos concretos o específicos:

a) Comunidad de derecho. En ella, está en común el lado objetivo del derecho, es decir, el interés de los partícipes. Estos intereses unidos, en cuanto suma, no en cuanto unidad, integran el interés de la comunidad. Toda forma de comunidad que se detiene en esta comunidad de intereses no es sociedad. Falta el elemento jurídico de la unión teleológica. Comprende la comunidad de una cosa (copropiedad, coposesión, medianería, comunidad de usufructo y de servidumbre) o la de un derecho (derechos de autor patentes industriales, etc.). Puede ser originaria (por ej., unión por conmixción) o derivativa (adquisición por título traslativo, por ejemplo).

b) Comunidad de fin. En ella falta estrictamente la comunidad de derecho en su aspecto objetivo. Pero, en cambio, existe en este tipo de comunidad el *elemento jurídico de la unión teleológica*. Lo decisivo aquí no es tener ni poner algo en común, sino hacer algo en común, persiguiendo un mismo fin. Este fin común supone lógicamente la existencia de un interés común, entendido no como suma o unión de simples intereses, sino como unidad, distinta de aquellos intereses particulares.

Comprende las uniones corporativas y las sociedades propiamente dichas tanto las civiles organizadas sobre la base de la «propiedad en mano común», como las mercantiles dotadas de personalidad jurídica. A diferencia de los tipos anteriores de comunidad, siempre son originarias.

c) A veces se ha alegado como criterio distintivo esencial entre la comunidad y la sociedad la nota de la personalidad jurídica que se dice propia de la segunda. Con todo lo que se lleva dicho, creemos ya suficientemente demostrado que esto no es así. En cualquier caso, nos acogemos al autorizado magisterio de Federico de Castro para terminar de matizar este punto. Dos son las tesis que subraya este autor: Primera, el contrato de sociedad no implica la creación de una persona jurídica. Segunda, el tecnicismo de la «persona jurídica» constituye un privilegio.

Acerca del primer punto, declara este autor (39) que en base a los

(36) En otras sentencias, el Tribunal Supremo manifiesta, por el contrario, que las normas aplicables son las de la comunidad de bienes del Código civil. Creemos, y repetimos una vez más, que esto es un error. El fin extraindividual de la sociedad irregular impide el ejercicio de la acción de división propia de la comunidad romana.

(37) SS. 21-XII-1965; 24-I-1969.

(38) WÜRDINGER, *Gesellschaften*, Hamburgo, 1937, I, pág. 5.

(39) DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid 1981, pág. 22.

textos romanos, los antiguos juristas cuidaban de distinguir entre *universitas bonorum* y *universitas personarum*, o sea entre lo que hoy se llamaría patrimonio (independiente o separado) y persona jurídica (tipo de asociación). El afán sistematizador de los pandectistas llevó a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derecho distinto del hombre.

«Algún autor incluyó, en un primer momento, por esa confusión conceptual, entre las personas jurídicas a varios patrimonios separados; pero en seguida, la doctrina vuelve al buen camino y, siguiendo el ejemplo de Savigny considera como personas jurídicas sólo a la *universitas* y a los *pia corpora*».

*Pero, en ningún caso* —sigue diciendo De Castro— *autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de sociedad fuese posible crear una persona jurídica.* Doctrina lógica, pues para la técnica jurídica era y es indudable que: a) el contrato de sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b) que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (*patrimonio colectivo o comunidad en mano común*) que les separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Había, además, otra razón, quizá más decisiva: la que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público, caracterizadas internamente porque su continuidad no dependía de la voluntad o existencia de sus miembros.

Acerca del segundo punto, escribe De Castro (40) que «la figura de la sociedad anónima aparece en la historia del Derecho repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y la derivan de las sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de *societates publicae* manifestada en todos sus caracteres: control directo del soberano en su nacimiento y administración, independencia de los gestores respecto a los socios, facultad discrecional de retirar la concesión, atribución de poderes propios de la soberanía; había, pues, que considerarlas —y así se las trataba— del mismo modo que a las corporaciones».

El recuerdo de esas especialísimas sociedades quizá sirviera para que las combinaciones de los especuladores durante la Revolución Francesa pareciesen menos extrañas, y para que el legislador se autogestionase creyendo no desviarse de la línea jurídica tradicional, con sólo imponer para su nacimiento el requisito del permiso administrativo; pero el jurista no puede engañarse sobre la esencial diferencia entre las dos figuras jurídicas.

---

(40) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 30.

De todos modos, la regulación del Código de comercio francés (1807) creando la sociedad anónima, hace creer que se partió de otra base: la de pensar que los asociados no debían exponerse a perder más que su interés en la sociedad (art. 33); porque no eran ellos quienes la administraban y que los mandatarios temporales que han de administrarla (art. 31) tampoco debían ser responsables más que de su gestión, pues dada su condición de mandatarios no se obligaban ni personal ni solidariamente por las obligaciones de la sociedad (art. 32). Esta argumentación no podía convencer a ningún civilista educado en la doctrina del Derecho común, pues si bien el mandatario en cuanto fuese sólo mandatario (no si era también socio), no responde de los actos que realice como tal respecto a terceros, los mandantes (los socios) quedaban obligados personalmente por todos los actos que realizase el mandatario y que no excediesen de su mandato o poder, de modo reconocible por el tercero. La limitación de responsabilidad que concedía el Código de comercio francés a los socios de una sociedad anónima, tenía, pues, que aparecer, a los ojos de los juristas, *un privilegio más*, concedido a los comerciantes, como tal «odioso» y sometido a interpretación restrictiva.

d) Por último, es preciso hacer una precisión: hay que tener en cuenta que la normativa del Código se está refiriendo constantemente a la sociedad como persona jurídica mientras que en las figuras jurídicas que hemos estudiado existen patrimonios colectivos, pero sin que ambas sociedades constituyan personas jurídicas.

# La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado

Por LUIS-FELIPE RAGEL SANCHEZ

Profesor colaborador de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Jerez  
(Universidad de Cádiz)

## 1. Dificultades para un estudio.

Nos proponemos estudiar en nuestro Derecho la extinción del contrato de agencia por tiempo indeterminado mediante denuncia unilateral formulada por el empresario representado, sin alegar justa causa. Por conveniencias de nuestra exposición, emplearemos el término denuncia en su sentido más amplio, es decir, declaración de voluntad de una de las partes, encaminada a extinguir la relación jurídica nacida de un contrato, haya o no justa causa, aun siendo conscientes de que el vocablo denuncia puede tener un sentido más estricto.

Con precedentes históricos en el *institor* romano y en el *trac-tator* italiano del siglo XI, el contrato de agencia es un contrato mercantil atípico (1), mediante el cual una persona física o jurídica (2) representa continuamente a un empresario (3) en la prepa-

---

(1) Entendemos atipicidad en el sentido de que no está regulado globalmente, en toda su extensión, por nuestro Ordenamiento jurídico. Se trata de un contrato atípico legalmente, aunque exista tipicidad social. Cfr. JORDANO *Los contratos atípicos*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia», 1953, pp. 51 a 95; en concreto, pp. 62 a 64). Cfr. también Díez-PICAZO, *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, p. 164, para quien la atipicidad no choca con ningún problema de validez, de licitud o de admisibilidad, puesto que tales contratos pueden perfectamente celebrarse, amparándose en el principio general de la autonomía privada y de la libertad contractual. Véase también SAMPONS, *El contrato de corretaje*, Madrid, 1965, pág. 37, que constata la atipicidad cuando no existen elementos normativos que vaticinen el resultado de un litigio. Nos remitimos también al estudio de CASTRO LUCINI, *Los negocios jurídicos atípicos*, «Revista Derecho Notarial», 1974, pp. 9 a 34; en concreto, pp. 12 a 14.

(2) Es unánime nuestra doctrina en calificar de empresario al agente. Confrontar GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, tomo III, vol. 1.º, Madrid, 1964, p. 538; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1974, p. 407, y Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 164, para quienes el agente es un empresario, cuyo objeto consiste precisamente en la preparación, intervención y mediación de contratos mercantiles en nombre y por cuenta del representado. Algunos Ordenamientos extranjeros coinciden con el nuestro. Así, el art. 1, ap. 2, párr. 7 del HGB alemán califica al *Handelsvertreter* como comerciante. Sin embargo, el art. 1.º del



ración de una serie de contratos mercantiles, efectuados en una zona determinada, a cambio de una retribución que consiste generalmente en un porcentaje sobre las operaciones concertadas.

El tema que nos ocupa encuentra serias dificultades para su estudio, al no existir en nuestro Derecho disposiciones que regulen en su totalidad las modalidades, el contenido y los efectos del contrato de agencia, del que se conocen únicamente disposiciones parciales o de carácter administrativo (4), a diferencia de lo que sucede en otros países europeos (5).

En nuestra doctrina, el problema se ha estudiado solamente en obras generales y en contados artículos doctrinales —algunos de indudable mérito—, como consecuencia quizás de la ausencia de una legislación que regule la extensa problemática del contrato.

Son escasas las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en esta materia. Nuestro Alto Tribunal no ha llegado a configurar a la agencia como contrato distinto de otros con los que guarda relación, como pueden ser la comisión, la concesión mercantil y la

Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 elude la calificación de empresario, estando dividida la doctrina en este punto. Cfr. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10.<sup>a</sup> ed., por René Roblot, tomo II, París, 1981, p. 514, que se inclina por considerar empresario o comerciante al agente, haciendo constar la postura contraria de la jurisprudencia gala.

(3) Puede sernos útil el término «casa», para diferenciar al empresario que contrata con el agente de otros representados (mandante, comitente, poderdante) y evitar confusiones. El término casa se usa frecuentemente en la doctrina. Cfr. GARRIGUES, *Dictámenes de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 312; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1972, p. 544; BROSETA, *ob. cit.*, p. 413; BALDI, *Il contratto de agenzia*, Milán, 1981, p. 140; CATONI, *La rupture du contrat d'Agent commercial*, París, 1970, p. 4, y RIPERT, *ob. cit.*, tomo I, París, 1980, p. 121. En contra, véase DE THEUX, *Le droit de la représentation commerciale*, Bruselas, tomo I, 1975, tomo II, vol. I, 1977, tomo II, vol. II, 1981; en concreto, tomo I, p. 23), para quien el término es demasiado general, poco jurídico.

(4) La Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados y su Reglamento, aprobado por Decreto 1.779/1971 de 8 de julio, resultan claramente insuficientes, por tratar únicamente de una modalidad de la agencia y por establecer un margen demasiado amplio a favor de la autonomía de los contratantes. Así, el art. 17 de la Ley reserva el contenido del contrato a la voluntad de las partes, sin establecer un régimen supletorio en caso de ausencia o nulidad de las cláusulas contractuales.

Entre las disposiciones administrativas, podemos citar el Real Decreto 3.595/1977 de 30 de diciembre, que aprobó el Estatuto General de los Colegios de Agentes Comerciales de España, la Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 18 de julio de 1980, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, aprobado por Real Decreto 2.384/1981 de 3 de agosto —que define a los Agentes Comerciales su art. 59, ap. 3, letra e), equiparándolos a los comisionistas— y la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de abril de 1982.

(5) El Derecho alemán occidental regula el contrato de agencia, tras la reforma, por Ley de 6 de agosto de 1953, en los arts. 84 a 92 del HGB. En Holanda está tratado en los arts. 75-a a 75-p del Código de comercio, tras la reforma de 5 de noviembre de 1936. En Italia, en los arts. 1.742 a 1.753 del *Codice civile* de 1942 y en los denominados *acuerdos económicos colectivos*. En Francia, por el Decreto de 23 de diciembre de 1958. En Suiza, por la Ley de 4 de febrero de 1948 —art. 418 del Código de obligaciones—. En Austria, por el párrafo 25 del BG de 13 de julio de 1960. No existe regulación del contrato en Bélgica ni en Luxemburgo.

distribución. Por otro lado, no ha llegado a abordar con rigor la cuestión de la extinción, como tendremos ocasión de comprobar.

Esta clara insuficiencia de legislación, doctrina y jurisprudencia, ¿implica a su vez ausencia de problemas en la práctica? La respuesta es, desgraciadamente, negativa. En nuestro país hay un número aproximado de cien mil personas que se dedican habitualmente a la representación mercantil y, tarde o temprano, por una u otra causa, deberán enfrentarse con la extinción de su contrato. Cierto es que de estos representantes constituyen mayoría los denominados *representantes de comercio*, relacionados con sus representados mediante contratos de carácter laboral (6).

Numerosas casas comerciales celebran con sus representantes un contrato mercantil, en el que se suele estipular la responsabilidad en el buen fin de las operaciones en que éstos intervienen. Si se produce la posterior extinción del contrato y los órganos jurisdiccionales laborales declaran su falta de competencia, será la jurisdicción civil la que entenderá del asunto. Basta ver la copiosa jurisprudencia de la Sala 6.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para comprobar la cantidad de contratos de representación que son declarados mercantiles (7). Es entonces cuando el representante comprueba que el contrato es de agencia y descubre que no existe legislación sobre el mismo, lo que le producirá inseguridad de que prosperen sus pretensiones. Como, además, el proceso civil es lento y alarmantemente costoso, el agente optará en muchas ocasiones por renunciar a reclamar lo que estima que en justicia le corresponde.

Los contratos de agencia mercantil son numerosos en la práctica (8), puesto que los representados están vivamente interesados en eludir la jurisdicción laboral. Un número elevado de personas están ligadas por contratos de agencia (9), y todas ellas estarán

---

(6) Adviértase que empleamos la denominación *representante de comercio* como sinónimo de representante ligado con la casa comercial por vínculos laborales, dejando a salvo que los contratos no se califican por la terminología que le den las partes contratantes, sino por la relación que efectivamente se da. Cfr. la recientísima obra de ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídico-laboral*, Bilbao, 1983, pp. 55 y ss, que aclara la diferencia entre ambas figuras.

(7) Entre sentencias recientes, citemos, a modo de ejemplo, las de 14 de enero, 16 de enero, 20 de enero, 6 de abril, 8 de julio, 13 de septiembre, 20 de septiembre, 23 de septiembre, 29 de septiembre, 18 de octubre, 28 de octubre, 10 de noviembre, 15 de noviembre, 20 de noviembre, 17 de diciembre y 21 de diciembre de 1982, así como la de 18 de enero de 1983.

(8) No podemos considerar, pese a la denominación, agencias a las de Viajes —de las que se ocupa el Decreto 1.524/1973 de 7 de junio— ni a las de Publicidad —de las que tratan los arts. 11 y ss. del Estatuto de la Publicidad, aprobado por Ley 61/1964 de 11 de junio—, por no responder a los requisitos característicos de la agencia mercantil.

(9) Una cosa es el censo de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales y otra muy distinta el número de personas que están vinculadas por contrato de agencia mercantil. De todos modos, no sería exagerado establecer una cifra entre cinco mil y diez mil personas. DE THÉUX, *ob. cit.*, tomo I, pp. 10 y 11, indica que en 1975 había en Alemania Federal 100.000 agentes comerciales; en Francia

afectadas por la inseguridad derivada de la ausencia de legislación y los abusos de los empresarios representados.

Ante la ausencia de normativa imperativa que ordene el contenido y los efectos del contrato, los empresarios representados ostentan en la actualidad una posición dominante al inicio de la relación contractual, imponiendo al agente un contrato que le es totalmente adverso. Tales contratos pueden calificarse en la mayoría de los supuestos *de adhesión*, en el sentido tradicional del término (10), aunque el agente no sea un consumidor.

En ocasiones se establece la sumisión expresa de los contratantes a los órganos jurisdiccionales del domicilio del representado. Cuando el agente quiera reclamar judicialmente, deberá hacerlo en un lugar normalmente distante de su domicilio y por medio de letrado y procurador a los que no conoce.

Es frecuente en estos contratos pactar que el agente responderá del buen fin de las operaciones en que va a intervenir (11), sin establecer una comisión complementaria en contraprestación al riesgo que asume.

---

había más de 80.000 V.R.P. y 5.000 agentes comerciales; en Bélgica 4.000 agentes no laborales y en Italia 120.000 agentes.

(10) En ellos predomina exclusivamente la voluntad de la casa representada, que dicta su ley a la colectividad indeterminada formada por todos sus agentes, repartidos por las distintas zonas geográficas. Los agentes no hacen más que prestar su asentimiento a la normativa predispuesta previamente por el representado. No es la ocasión de estudiar la extensa problemática de esta fórmula de contratación y es obligada la remisión a algunos trabajos importantes sobre la misma. Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1949, pp. 54 y ss.; DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1961, pp. 306 y ss.); GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, y CLAVERÍA, *La predisposición del contenido contractual*, «Revista Derecho Privado», 1979, pp. 667 y ss.).

(11) «Responder del buen fin de la operación» significa que cuando el cliente impaga total o parcialmente, el agente se hace responsable de esas cantidades impagadas ante el empresario representado, que efectúa el cargo del total o parte del importe impagado en la cuenta de comisiones. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1979 (Sala 1.ª) considera necesario, para poder compensar los impagados cargados en cuenta de comisiones, que el representado remita al agente un poder y las letras impagadas para que éste pueda reclamar al cliente moroso el cumplimiento de su obligación de pago.

Soportar este riesgo debe implicar en la práctica un porcentaje de comisión más elevado —la llamada *comisión de garantía*— que supone para el agente una compensación del riesgo que va a correr, y para el empresario representado un seguro de que no va a tener que afrontar fallidos. Cfr. SADA, *Los agentes*, «Revista Derecho mercantil», núms. 161-162, julio-diciembre, 1981, pp. 611 y ss., en especial, p. 618, que comenta la propuesta de Directriz presentada por la Comisión al Consejo de la C. E. E. en fecha 17 de diciembre de 1976 (JO, C, 13, de 18 de enero 1977 y Suppl. Bull., 1/77/CEE). Según esta Directriz, el pacto que establezca la comisión de garantía tendrá obligatoriamente forma escrita y se aplicará exclusivamente a las operaciones negociadas o concluidas por el agente. En fecha 21 de enero de 1982, una propuesta de modificación de la Directriz mencionada conserva en su artículo 21 las condiciones expuestas anteriormente. Cfr. también DE THEUX, *ob. cit.*, tomo II, vol. II, pp. 233 a 270. Téngase, por último, en cuenta la advertencia de GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 571: «Es preciso defender a los agentes contra el poderío económico de los empresarios que les obligasen a aceptar esta exorbitante responsabilidad».

Para evitar posibles reclamaciones ocasionadas por una denuncia unilateral del contrato, la casa representada suele imponer una duración determinada, estipulándose la prórroga tácita por períodos de igual duración. Suele estipularse en el contrato que el cumplimiento del plazo contractual o de las prórrogas sucesivas dará fin a la relación, sin derecho a indemnización por las partes contratantes.

En otras ocasiones, el representado exige un elevado volumen de operaciones —prácticamente inalcanzable—, que el agente se compromete a promover. En consecuencia, el agente estará siempre en situación de incumplimiento contractual, pudiendo el representado provocar la resolución del contrato en el momento que estime oportuno, alegando que la contraparte no alcanzó las cifras a que se obligó.

El empresario representado puede cometer otros abusos, cuando el contrato está en vigor. En ocasiones violará el derecho de exclusiva que otorgó al agente, introduciendo otras personas en la zona que a éste reservó (12).

Cuando no haya cláusula de exclusiva, la casa, a veces, demora la entrega de los pedidos formulados a través de un agente del que quiere prescindir, sirviendo puntualmente aquéllos que han sido gestionados directamente por los clientes o a través de otros agentes que gozan de su beneplácito. Esta actuación del representado provocará irremisiblemente la dimisión del agente afectado, puesto que la clientela rehuirá su mediación.

Conocemos casos en los que el representado, para forzar la dimisión del agente, realiza descuentos importantes a la clientela que formula directamente sus pedidos.

¿Son legales todas estas situaciones? ¿Con qué instrumentos jurídicos cuenta el agente para defender sus derechos?

Obviamente, la parte más débil suele ser el agente (13), puesto que el contrato está redactado en la mayoría de los casos por el representado. Se hace necesario, como escribió hace tiempo Ga-

---

(12) No hay que confundir la actuación en zona determinada —característica del contrato de agencia— con la cláusula de exclusiva, es decir, con el compromiso por parte del empresario representado de no contar con más agentes en aquella zona, o el compromiso del agente de no representar a empresarios concurrentes. La cláusula de exclusiva debe ser expresa, no siendo consustancial del contrato de agencia, aunque se suele estipular con frecuencia. Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 564: «En la práctica casi todos los contratos son contratos en los que se asigna al agente un determinado ámbito territorial (agente de zona) o un determinado círculo de clientela (agente con clientela limitada)».

(13) De esta circunstancia se ha tomado conciencia en algunos países europeos. Cfr. DE THEUX, *ob. cit.*, tomo II, vol. I, p. 330, para el que las limitaciones de los contratos de representación laboral pueden ser aplicadas —*mutatis mutandis*— a los agentes comerciales jurídicamente independientes, pero a menudo en estado de inferioridad económica. Cfr. también Francesco FERRARA, *Contratti di agenzia camuffati*, en «Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues», tomo II, Madrid, 1971, pp. 267 a 283, en concreto, p. 273, que nos dice: «En la economía del contrato de agencia, la ley considera al *preponente* como el contratante más fuerte y al agente como el contratante más débil y para neutralizar el desequilibrio económico dispone una disciplina imperativa en tutela del agente».

rrigues (14), una normativa imperativa sobre la agencia, que establezca unas bases y garantías mínimas para el agente y obligue a las partes a su fiel cumplimiento, limitando por vía legal el principio de la autonomía de la voluntad, principio que respeta celosamente nuestro Tribunal Supremo en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar.

Mientras no esté en vigor esa normativa imperativa, podría solicitarse la anulación parcial del contrato de adhesión por violación del orden público económico (15), anulando las cláusulas que sean lesivas y dando lugar a la integración del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código civil (16), restableciendo, en definitiva, el justo equilibrio contractual (17) en base al principio de la buena fe (18). A nuestro juicio, es la única medida que puede evitar actualmente que el agente se encuentre en interinidad continua y angustiosa, a merced del interés del empresario representado.

El agente acerca el producto o servicio elaborado por la casa representada a la clientela, estableciendo un valioso contacto personal y realizando una labor de intermediación mercantil. Para el empresario representado es altamente positiva su colaboración, pues «su retribución significará una disminución en las ganancias en lugar de constituir una carga permanente» (19), como sería la instalación de una sucursal en la zona, dotada del personal laboral.

Abogamos por la implantación de medidas legales que eviten lo que sucede con harta frecuencia: que el representado se des-

---

(14) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 543: «Esta laguna legislativa es sensible, ya que se trata de un contrato que hallamos constantemente en la práctica. La importancia económica de la agencia hace aconsejable su regulación legal, para lo que podemos tomar como ejemplo algunas leyes extranjeras».

(15) Cfr. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, y GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, pp. 267 y 268. Cfr. también CLAVERÍA, *ob. cit.*, p. 680, que expresa la conveniencia de la insistencia en el empleo de esa técnica, «al menos mientras no se promulgue una ley específica sobre la predisposición». Repárese también en las reticencias de DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ANUARIO DERECHO CIVIL, 1982, pp. 987 a 1085; en concreto, pp. 1046 a 1050, sobre este concepto. Escribe DE CASTRO que «el término orden público económico en sí mismo es inocuo y puede ser oportuno cuando se le utiliza para referirse a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, la que con ello determina restricciones de la libertad de contratación. Lo que parece inadecuado y hasta peligroso sería identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, aludidas en el artículo 1.255 del Código civil (orden público jurídico) y las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la Administración (orden público económico). Sentidos dados al orden público que deben separarse, porque su naturaleza y consecuencias jurídicas son otras (*ob. cit.*, p. 1048).

(16) Cfr. GARCÍA AMIGO, *ob. cit.*, pp. 270 y 271.

(17) En este sentido se pronuncian recientemente los Tribunales italianos. Cfr. LIPARI, *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, p. 336.

(18) Cfr. LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. En torno a la sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977*, «Revista Derecho Privado», 1980, pp. 50 a 78.

(19) Cfr. GARRIGUES, *Los agentes comerciales*, «Revista Derecho mercantil», núm. 83, enero-marzo 1962, pp. 7 a 25; en concreto, p. 8.

prenda del agente que le abrió un mercado y le puso en contacto con una clientela valiosa, sin obligación de efectuar desembolso alguno en concepto de indemnización (20). Nuestro cometido, en este trabajo, consiste precisamente en exponer soluciones, en tanto no se produzcan esas medidas que propugnamos.

## II. Sobre la aplicabilidad de las soluciones de otros contratos.

En vista de la insuficiencia legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la agencia, ¿se le podrán aplicar las soluciones que el Ordenamiento jurídico español establece para otros contratos?

A) En primer lugar, el contrato de comisión guarda cierta relación con la agencia, pues en ambas figuras una persona representa a otra en operaciones mercantiles y su remuneración suele consistir en un porcentaje sobre la cuantía de esas operaciones concertadas con terceros.

No obstante, existen notables diferencias entre ambos contratos. El comisionista actúa en nombre propio y por cuenta de otro. El agente actúa *siempre* por cuenta y en nombre de otro (21). Mientras que la comisión se caracteriza por suponer la creación de una relación de representación válida sólo para una o varias operaciones mercantiles, la agencia se establece para un período continuado en ocasiones por tiempo indeterminado (22), para dar ocasión a que el agente visite a la clientela, difunda el producto, gestione la formulación de pedidos, atienda reclamaciones e incluso gestione el cobro de los impagados, si se comprometió a ello (23).

---

(20) Se nos podría aducir que en todo momento tratamos en este trabajo de buscar medidas que protejan al agente, medidas que en muchos casos harían al empresario español, afectado por la grave crisis que nos azota, más gravosa aún la reestructuración de su empresa. No quisiéramos dar la impresión de haber olvidado la situación económica actual. Empero, creemos que existen fórmulas para compaginar intereses, reduciendo las exigencias cuando el empresario esté en situación de crisis, o instaurando legalmente una serie de medidas —las indispensables— para implantar progresivamente, cuando la situación económica vaya saneándose, las medidas complementarias. No se olvide que la Disposición Final Segunda del Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por Real Decreto 3.595/1977 de 30 de diciembre, prevé la necesidad de una normativa sobre la agencia, que desgraciadamente no se ha producido. Hay temas más urgentes o *espectaculares* sobre los que legislar.

(21) Cfr. BALDI, *Ob. cit.*, p. 35, y GARRIGUES, *Dictámenes...*, cit., p. 315. En contra, Francesco FERRARA, *ob. cit.*, pp. 279 a 281, que opina que puede existir un contrato de agencia, aunque el agente actúe en nombre propio. Para este autor, la empresa del agente es *auxiliar* de la del representado, mientras que la del comisionista no es auxiliar de la del comitente; en todo caso es auxiliar del comercio o de la producción. Por eso se explica que agencia y comisión deban ser tratados de forma diversa cuando el representado denuncia el contrato sin justa causa.

(22) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 459, que señala acertadamente que la influencia doctrinal francesa se percibe en nuestro Código de comercio, al limitar éste el objeto de la comisión a un acto u operación de comercio, es decir, a uno o varios negocios concretos y determinados.

(23) A diferencia de la comisión, el agente cuenta con tiempo para conservar, reforzar y ampliar la clientela adicta al servicio o producto elaborado por el re-

Cuando el contrato de agencia no ha previsto una serie de circunstancias, no es adecuado acudir a las normas reguladoras del contrato de comisión, en contra de lo que aconsejan algunos autores (24), al permitir el artículo 279 del Código de comercio la revocabilidad de la comisión a instancias del comitente, solución lógica en ese contrato, pero poco equitativa en la agencia (25).

Nuestra jurisprudencia mantuvo en un primer momento el criterio de considerar a la agencia como un tipo o variedad de la comisión (26). Sin embargo, la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1974 estableció la diferencia de tratamiento y, en consecuencia, excluyó la aplicación del artículo 279 del Código de comercio para la agencia (27).

B) La relación laboral especial de los representantes de comercio guarda gran semejanza respecto del contrato de agencia mercantil (28). El agente mercantil y el representante de comercio actúan de forma análoga, tratando de promover la conclusión de contratos mercantiles en una zona determinada. En ambos casos, la remuneración es un porcentaje, llamada comisión (29).

---

presentado, teniendo el contacto directo con esa clientela y llegando a ser intermediario o mediador interesado, puesto que es el vendedor del producto o arrendador del servicio quien le paga, aunque en función de las operaciones concertadas con una clientela, por lo que, en gran medida, el agente depende de ésta e incluso llega a tener derechos de prospección sobre la misma.

(24) Cfr. BALDO DEL CASTAÑO, *Todo sobre representantes, agentes y comisionistas*, Barcelona, 1971, p. 10. Cfr. también URÍA, *ob. cit.*, pp. 543 y 544, que estima son aplicables a la agencia, en ciertos supuestos, la disciplina de otros contratos análogos, singularmente de la comisión. Es muy peculiar la posición doctrinal de ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 29 a 31, que considera que las normas de la comisión no se han concebido, ni histórica ni jurídicamente, para el dinamismo comercial implícito en el desarrollo del tráfico. Para este autor, «la comisión mercantil, en su concepto clásico, está más que obsoleta, prácticamente en desuso». Sin embargo, en otra obra (*Manual de formularios laborales comentados*, Bilbao, 1982, p. 52), este autor aconseja redactar el contrato de agencia indicando que regirán subsidiariamente las normas de la comisión.

(25) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, pp. 412 y 413.

(26) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1943 y de 15 de marzo de 1972.

(27) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, que indica la diferencia entre agencia —en ese caso, de seguros— y comisión.

(28) Los acontecimientos de estos últimos veinte años han demostrado que la relación laboral especial de los representantes de comercio se ha convertido en regla general de la representación mercantil, dejando en la práctica reducido el número de contratos de agencia. Varias razones han motivado esta realidad incontestable, que pueden resumirse en dos: el representante no responde del riesgo de la operación con el resto de su patrimonio y, además, está más protegido en la jurisdicción laboral, menos costosa y más rápida que la civil.

(29) Entendemos por comisión el importe que resulta de aplicar el porcentaje elegido sobre el montante de las operaciones promovidas por el representante o realizadas en la zona en este último caso, si goza de exclusividad—. Sería positivo adoptar una denominación particular a la remuneración del agente, para deslindar definitivamente esta figura jurídica respecto del contrato de comisión. Esa denominación podría ser prima, premio, provisión o porcentaje. No obstante, reconocemos las dificultades para implantar esa denominación peculiar, puesto que el término comisión está muy generalizado, tanto en nuestro país como en otros Estados europeos. En Italia, por el contrario, su remuneración se denomina *provvigione*. Véase el art. 1.748 del Codice civile.

Empero, el contrato de agencia es un contrato mercantil, en el que las partes contratantes no están ligadas por un vínculo de dependencia o subordinación —como los representantes de comercio—, sino de colaboración e independencia. La labor del agente no tiene que ser necesariamente personalísima, ya que puede contar con subagentes que le sustituyan en su cometido. El agente puede constituirse bajo forma social o tener una organización externa muy superior a la del representante de comercio, que sólo cuenta con su trabajo personal y, a lo sumo, con organización interna (30).

Para que la relación sea laboral son necesarios, en nuestro Derecho, dos requisitos: Primero.—Que el representante no responda del buen fin de las operaciones en que intervenga (art. 1, apartado 3, letra f) del Estatuto de los Trabajadores) (31). Segundo.—Que el representante esté inmerso en la organización del empresario representado (art. 1, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores), es decir, que no tenga una organización externa propia.

Así, el empresario representado podrá destruir la presunción de relación laboral contenida en el artículo 8, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores, probando que el representante responde del buen fin o que cuenta con una organización distinta de la suya —es persona jurídica, tiene subagentes que le reemplazan en su labor o realiza las operaciones sin seguir las instrucciones del representado—.

Deslindado claramente el ámbito de cada figura, ¿deben tenerse en cuenta las soluciones contenidas en los Reales Decretos 2.033/1981 de 4 de septiembre y 1.195/1982 de 14 de mayo, que desarrollan la relación laboral especial de los representantes de comercio, para aplicarlas por analogía a la agencia? (\*).

La respuesta positiva, que cuenta con adeptos en la doctrina italiana (32) tendría dificultades de implantación, ya que las normas citadas tienen su cauce oportuno en la jurisdicción social, no en la civil. No obstante, es interesante auspiciar una aplicación analógica, teniendo en cuenta que en ambas relaciones existe un

---

(\*) «Con posterioridad a la redacción de este trabajo, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de julio de 1984, aplicando el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1983, ha declarado la ineficacia e inaplicabilidad del Real Decreto 1.195/1982, de 14 de mayo, por haber transcurrido el plazo de 18 meses fijado en la Disposición Adicional 2.ª del Estatuto de los Trabajadores».

(30) Cfr. ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 66 y 67, que opina que cuando la organización se limita a los aspectos puramente internos de su actividad —teléfonos, contabilidad, secretaría y despachos, etc.— el contrato puede ser laboral. Mientras que si los componentes de la organización relevan a su titular y lo reemplazan en la prestación de los concretos servicios, hay organización externa y el contrato sería mercantil.

(31) Cfr. ORTEGA PRIETO, *Representantes de comercio...*, cit., pp. 71 a 78.

(32) Cfr. FORMIGGINI, *Il contratto de agenzia*, en el «Trattato di diritto civile italiano» dirigido por VASALLI, Turín, 1958, pp. 156 y 159, que destaca la afinidad entre el contrato de agencia y el contrato de trabajo, sugiriendo medidas similares de tratamiento. Cfr. también BALDI, *ob. cit.*, pp. 168 y 169.



contratante débil, al que la ley debe proteger frente a otro con potencial económico más poderoso (33).

C) La agencia y el contrato de concesión mercantil tienen numerosos puntos en común. El agente y el concesionario son órganos de distribución de la empresa productora, tienen obligaciones análogas, les está generalmente prohibido difundir productos de empresas concurrentes y la remuneración, en ambas figuras, consiste en un porcentaje del precio de cada producto vendido y cobrado (34).

A pesar de lo que hemos manifestado, ambas figuras pueden diferenciarse claramente, puesto que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, comprando la mercancía para revenderla, mientras que el agente no las adquiere, sino que promueve su venta por orden y cuenta del representado (35). Normalmente, el agente realiza una prospección itinerante y no efectúa servicios post-venta. Por el contrario, el concesionario atrae a la clientela por medio de reclamos publicitarios y servicios dignos de la representación de la marca, entre ellos el de post-venta (36).

En nuestro Derecho, la concesión mercantil carece de regulación legal, al igual que ocurre con el contrato de agencia. Los Tribunales, que suelen utilizar diversas denominaciones (37), se pronuncian con más frecuencia en supuestos de concesión mercantil, puesto que los concesionarios suelen ser más fuertes económicamente y pueden costearse con más facilidad un litigio cuyo resultado resulta incierto. Por otro lado, la organización del concesionario suele ser más poderosa y, en consecuencia, le afecta en mayor grado la denuncia unilateral del contrato formulada por la casa comercial. Sus pérdidas son mayores que en el caso del agente y, por esa razón, suele reclamar indemnización con más frecuencia.

Agente y concesionario son auxiliares de la casa comercial (38)

(33) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1974.

(34) Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 90 a 99.

(35) Cfr. BALDI, *ob. cit.*, pp. 66 y ss.; Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 165, y PUENTE MUÑOZ, *El contrato de concesión mercantil*, Madrid, 1976, pp. 66 y ss. Véase también la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1973.

(36) Cfr. DE THEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 305. Cfr. también PUENTE MUÑOZ, *ob. cit.*, pp. 69 y ss., que analiza otro carácter distintivo, el de la facturación, llegando a la conclusión de que no puede constituir un criterio cierto de distinción, ya que el agente no pierde su condición si es él quien factura. Véase también Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 165), que se inclina por el contrato de concesión en un caso controvertido, «porque si bien es verdad que en ocasiones Productos Iris ha concertado contratos para Aquitaine Orgánico, la mayor parte de las importaciones se han hecho mediante operaciones en las cuales el llamado agente ha sido el comprador directo del producto».

(37) Se denomina *concesión* en las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973, 5 de febrero de 1976 y 21 de abril de 1979; *venta en exclusiva* en las sentencias de 14 de noviembre de 1970 y 15 de diciembre de 1973; *distribución* en la de 21 de abril de 1979.

(38) Cfr. IGLESIAS PRADA, *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, en «Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», Ma-

y, en ambos casos, una denuncia unilateral del contrato por parte de ésta puede provocar graves perjuicios, si no media preaviso.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la naturaleza del pacto de exclusiva en la concesión, sin entrar decididamente en el análisis y estudio de este contrato. Teniendo en cuenta que el contrato de agencia suele incluir la cláusula de exclusiva, aunque no se presume —a diferencia de lo que dispone el art. 1.743 del Codice civile italiano—, pueden tener aplicación, en los supuestos en que se ha establecido este pacto, las soluciones jurisprudenciales sobre la concesión (39).

### III. *La denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado.*

A continuación, conviene acotar claramente el tema fundamental de nuestro trabajo. Por tanto, se hace necesario indicar que no vamos a entrar en tres supuestos de denuncia, entendida en sentido amplio, es decir, declaración de voluntad formulada por un contratante poniendo término a una relación jurídica. Estos supuestos excluidos son: *Primero*.—Cuando existe justa causa de extinción. Aunque es difícil definirla (40), existirá justa causa cuando se produzca un incumplimiento grave de las obligaciones del agente —resolución— (41) o cuando acaezca una excesiva one-

drid, 1978, pp. 251 a 281; en concreto, p. 272, y Francesco FERRARA, *ob. cit.*, p. 279.

(39) En nuestra doctrina, apoyan la aplicación analógica Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 173, y BROSETA, *ob. cit.*, pp. 413 y 414. Este autor considera al contrato de concesión mercantil como un «contrato mixto, que incorpora ingredientes del suministro con exclusiva de reventa y de la agencia, de modo que su problemática incluye la propia de estos dos contratos». La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979 recoge la calificación formulada por BROSETA.

En Francia, Bélgica, Alemania Federal e Italia, el tratamiento es diverso para ambos contratos. En Bélgica hay legislación específica para la concesión mercantil, en la que se favorece al concesionario. Sin embargo, el agente belga está más desprotegido, al no existir ley reguladora del contrato. En Francia e Italia ocurre el fenómeno inverso: la protección legal de que goza el agente no se extiende al concesionario, aunque la doctrina es partidaria de aplicar la analogía. Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 95 y 96, para quien «el contrato de concesión se presenta a menudo como un tipo particular de contrato de agencia concluido igualmente en interés común de las partes». Véase también DE THEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 323: «De *lege ferenda*, las dos categorías de intermediarios deberían beneficiarse, después de su licenciamiento, de una indemnización parecida, aunque no idéntica».

(40) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 409, y SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981, p. 395. En Derecho alemán se exige de la obligación de preaviso si hay *motivo importante*; Cfr. SCHRÖDER, *Recht der Handelsvertreter*, Munich, 1973, pp. 365 y ss. En Derecho suizo, se excluye el derecho a la indemnización cuando el contrato se extingue por causa imputable al agente; Cfr. DURR, *Du contrat d'agence*, Berna, 1959, p. 82. Igual solución se da en Derecho francés; Cfr. CATONI, *ob. cit.*, pp. 129 y ss., que estima que la carga de la prueba debe incumbir a la parte que alega el incumplimiento.

(41) Entre las posibles infracciones contractuales por parte del agente, hemos de resaltar las siguientes:

a) Apropiación indebida de cantidades. Salvo que esté debidamente autoriza-

rosidad sobrevenida (42). *Segundo*.—Cuando el agente denuncia el contrato, haya o no justa causa(43), aunque en este último caso deberá indemnizar al empresario representado si le ocasionó per-

---

do para retener cantidades en concepto de anticipos a cuenta de futuras comisiones. el agente debe proceder con toda diligencia a enviar al representado aquellas cantidades cobradas en su nombre. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, p. 71. *Ex abundantia*, si el agente no sólo retiene, sino que oculta al representado la percepción de cantidades con ánimo de apropiárselas, el incumplimiento es aún más grave. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1974.

b) Infracción del compromiso de exclusiva. Si el agente se comprometió contractualmente a no promover operaciones por cuenta de empresarios concurrentes, la infracción de este compromiso supone competencia desleal. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1970.

c) Desobediencia grave o reiterada respecto a las instrucciones del representado. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1972.

d) Falta de eficacia en la gestión del agente. Si la cifra señalada en el contrato puede alcanzarse con esfuerzo cuidadoso del agente, el posterior incumplimiento de esa cota de eficacia será prueba evidente de la mala gestión del agente, salvo que éste pueda probar que los productos de la competencia tienen mejor aceptación entre la clientela por circunstancias objetivas (menor precio, mayor seguridad o técnica más moderna). Téngase en cuenta que los empresarios y agentes de la competencia también promocionan sus productos. Adviértase que la cláusula contractual que impone cifras elevadas al agente invierte la carga de la prueba, pues el agente tendrá que probar cumplidamente su eficaz gestión o la imposibilidad de alcanzar las cifras señaladas, para evitar que se produzca la justa causa de extinción. Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 546, *en nota*, estima que la cláusula que impone al agente un número de operaciones que aseguren al empresario una ganancia razonable ha de ser interpretada de buena fe.

e) Falta de información respecto de las gestiones realizadas. El incumplimiento manifiesto de la cláusula contractual por la que el agente se obliga a informar periódicamente de sus gestiones, puede motivar la extinción del contrato si el representado facilitó los medios necesarios para su cumplimiento, es decir, que no sea la información tan exhaustiva que impida la labor fundamental de promoción del agente. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1963.

(42) Cfr. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, pp. 137 a 159, que expone las diversas posiciones doctrinales sobre el tema de la excesiva onerosidad sobrevenida. El requisito en el que coinciden la mayoría de los autores consiste en el carácter imprevisible y extraordinario de la alteración de las circunstancias contractuales. Para este autor, «la doctrina de la frustración del fin del contrato no es aplicable en Derecho mercantil, donde rige por encima de todo la seguridad del tráfico y el principio de total autorresponsabilidad frente a lo pactado» (*ob. cit.*, p. 233). Sin embargo, para GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 125, cuando la alteración hace «extraordinariamente gravosa la ejecución del contrato, y esta variación no ha podido ser tenida en cuenta por los contratantes, parece excesivamente riguroso exigir la ejecución puntual de lo convenido», admitiendo la posibilidad de extinguir el contrato mercantil, aunque recomendando gran prudencia en las soluciones. También admite esta posibilidad VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, Valencia, 1982, p. 213.

(43) Habrá justa causa cuando la denuncia se produzca como consecuencia de incumplimiento de las obligaciones del representado. Las más relevante son:

a) Impago o retraso reiterado en el pago de las comisiones. Este incumplimiento no faculta al agente para retener las cantidades que perciba en gestión de cobro, salvo autorización expresa.

b) Nombramiento de otros agentes en la zona, violando la cláusula de exclusiva. Cfr. DíEZ-PRCAZO, *Dictámenes...*, cit., p. 166.

c) Retraso negligente o doloso en servir los pedidos, o negativa a servirlos

juicios. *Tercero*.—Cuando la denuncia se produce en un contrato de duración determinada, antes del cumplimiento del plazo contractual (44).

La expresión «denuncia unilateral» es frecuentemente utilizada en Derecho contractual, queriendo significar aquel acto realizado por un contratante, mediante el cual comunica a la otra parte su voluntad de poner fin a la vigencia de la relación (45). No habrá justa causa cuando el agente haya cumplido fielmente sus obligaciones.

Quando el contrato de agencia se celebra por tiempo indeterminado, debe proclamarse abiertamente la facultad, por parte del representado, de denunciar el contrato, aunque no esté amparada en justa causa. El contrato de agencia está basado en la confianza depositada por el representado sobre el agente, proyectada en la figura de éste (46). Si esa confianza se rompe, aun por causas ajenas al comportamiento del agente, debe ser reconocido incuestionablemente ese derecho de denuncia. Nadie debe ser forzado a respetar un contrato de duración indeterminada cuando ha perdido la confianza en la otra parte o no le interese mantener sus obligaciones. Esta facultad de denuncia unilateral, sin justa causa, pertenece al empresario representado, aun cuando no se haya pactado expresamente en el contrato (47).

Como opina Díez-Picazo, debe reconocerse la existencia de dos fenómenos contrarios. Por un lado, «la idea de que la subsistencia y ejecución de una obligación no pueda nunca dejarse al arbitrio de una de las partes. Por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida». En opinión de este autor, que compartimos plenamente, debe darse

---

por parte del representado. El perjuicio para el agente es importante, porque el cliente no pagará mientras no le sirvan y, en consecuencia, el agente habrá realizado y cumplido su cometido, sin recibir la adecuada contraprestación. No habrá justa causa si el representado pone todo su empeño, pero la mercancía no llega a destino por causas externas o dificultades técnicas, siempre que sean temporales y subsanables.

Si no existe justa causa, la denuncia del contrato por parte del agente puede producir perjuicios al representado, que podrá solicitar la indemnización correspondiente.

(44) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 395, que opina que el plazo debe cumplirse inexorablemente y no cabe la resolución anticipada sin justa causa que la ampare. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1963 la admite, aunque imponiendo al denunciante la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte con la extemporánea revocación.

(45) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1979, p. 840, que añade que esta expresión, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra alemana *Kündigung*. Cfr. también PUIG PEÑA (voz *Desistimiento unilateral*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Barcelona, 1980, pp. 290 a 296).

(46) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 542: «El contrato se concluye en consideración a las cualidades personales del agente».

(47) Cfr. PUENTE MUÑOZ, *ob. cit.*, pp. 170 a 172, que constata la existencia del derecho de denuncia en el contrato de concesión mercantil, aunque no se haya pactado esa facultad. Véase la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 19 de noviembre de 1973.

preferencia a la denuncia unilateral cuando se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo, de duración indeterminada y en la relación exista un componente fiduciario (48).

Teniendo en cuenta que estas características apuntadas por Díez-Picazo se manifiestan plenamente en el contrato de agencia por tiempo indeterminado, es incuestionable el derecho que tiene el representado de denunciar unilateralmente el contrato, aunque no exista justa causa (49).

#### IV. *Indemnización por denuncia unilateral sin justa causa.*

¿Tiene derecho a ser indemnizado el agente cuando el representado denuncia el contrato, sin justa causa?

Para responder a esta cuestión, que constituye la esencia de nuestro trabajo, no hay que olvidar que estamos hablando sobre el agente que cumple fielmente sus obligaciones y, por tanto, está difundiendo el producto de la casa representada, obteniendo una contraprestación por realizar esa tarea.

El perjuicio puede motivarse cuando el empresario representado formula la denuncia, sin conceder plazo de preaviso o cuando éste continúe disfrutando de la clientela que el agente le aportó.

En primer lugar, si el empresario representado no concede plazo de preaviso, la extinción del contrato opera automáticamente, una vez que el agente haya recibido la notificación de la voluntad de aquél. El agente deberá devolver el muestrario y dejará de obtener los emolumentos que le proporcionaba su actividad. En ocasiones, como consecuencia de la finalización de su contrato, el agente deberá realizar gastos importantes (despido de personal, readaptación del local o depósito). Pero, aunque no realice esos gastos, el agente se verá perjudicado económicamente por la brusca interrupción del contrato, mientras encuentra una ocupación que sustituya a la anterior. El perjuicio dimana de la drástica ruptura, pues el agente dejará de obtener, durante algún tiempo, los ingresos que percibía anteriormente. Deberá, además, realizar desembolsos para readaptar su actividad, en mayor o menor medida.

Si el empresario, al denunciar el contrato, formula preaviso, habrá que analizar de qué preaviso se trata. Si es extremadamente corto (por ejemplo, quince días), el perjuicio para el agente es semejante al producido con la inexistencia de preaviso.

El problema se complica cuando el preaviso es muy breve, pero coincide con el que se pactó contractualmente. ¿Cabe que el agente pida indemnización, alegando que el preaviso no le compensa suficientemente de los perjuicios que le produce la denuncia del contrato? Y, en todo caso, ¿tiene derecho a indemnización el agente, cuando no se le concede preaviso?

En segundo lugar, si el empresario representado continúa dis-

(48) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pp. 840 y 841.

(49) Cfr. Vicent Chuliá, *ob. cit.*, tomo I, pp. 213 y 214.

frutando de la clientela adicta a sus productos o servicios, atraída o, en su caso, aumentada gracias a la labor del agente, éste se verá perjudicado económicamente, pues dejará de obtener los beneficios que esa clientela le proporcionaba. El representado saldrá beneficiado, pues seguirá percibiendo ingresos de esa clientela y, en la mayoría de los casos, si la clientela le solicita directamente el producto, se ahorrará el porcentaje que el agente devengaba con anterioridad. Se produce, por lo tanto, un desequilibrio manifiesto en las economías de los ex-contratantes. En esas condiciones, ¿tiene derecho el agente a que se compense por la clientela que aportó al representado?

Examinaremos en primer lugar los pronunciamientos de nuestros Tribunales, ante la insuficiencia de legislación (50).

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 resolvió un caso de denuncia unilateral en un supuesto de agencia de seguros, concediendo derecho de indemnización al agente, argumentando que la reglamentación de seguros y el contrato no habían previsto la denuncia unilateral sin justa causa como motivo de extinción. El Alto Tribunal no aplicó por analogía —como pretendía el representado— las normas de la comisión mercantil y calificó a la relación como *mandato que une la explotación de un negocio común*, lo que justifica el derecho del agente a ser indemnizado. Esta sentencia recoge, aunque no se formule con precisión, la doctrina jurisprudencial francesa del *mandato de interés común*, anterior a la vigencia del Decreto de 23 de diciembre de 1958 (51).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1973, en un supuesto de denuncia unilateral, formulada en un contrato de venta en exclusiva o concesión, se niega al concesionario el derecho a ser indemnizado, en base a la doctrina limitadora de las convenciones o pactos perpetuos. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo rechaza la doctrina del mandato de interés común al manifestar que «el contrato podrá darse por concluido en la fecha que convenga al *interés de una u otra de las partes*». En esta ocasión, nuestro Alto Tribunal «enfoca el problema de la

---

(50) La Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados, en su art. 20 se refiere a las causas de extinción del contrato del agente afecto de seguros, sin resolver la importante cuestión del preaviso, de la denuncia unilateral sin justa causa y de la posible indemnización.

(51) Cfr. CATONI, *ob. cit.* p. 43: la jurisprudencia francesa justificaba la necesidad de indemnizar al agente, sosteniendo que el contrato de agencia es un mandato concluido en interés común de las partes y, a diferencia del mandato común, no podrá ser revocado más que de común acuerdo, por cumplimiento de sus cláusulas o condiciones o por justa causa, reconocida legalmente. Posteriormente, el art. 3 del Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 consagra la teoría al declarar: «Los contratos efectuados entre los agentes comerciales y sus mandantes son concluidos en interés común de las partes». Esta teoría también ha encontrado eco en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que, además de en la sentencia comentada, la tiene en cuenta, con más nitidez, en la de 21 de diciembre de 1963, para justificar la indemnización al agente por denuncia unilateral sin justa causa formulada por el empresario representado antes de cumplirse el plazo contractual.

prolongación *sine die* de las relaciones de exclusiva como árbol que no permite contemplar el bosque» (52). El problema no consiste en decidir si el concedente tiene o no derecho a la denuncia —que lo tiene—, sino en decidir si el concesionario o agente tiene derecho a la indemnización en el caso de que la decisión de la contraparte le produzca perjuicios o si tiene derecho a una contraprestación por la clientela aportada. Durante la vigencia del contrato, concedente y concesionario, representado y agente, tiene un interés común: difundir el servicio o producto elaborado. Ese interés común, vigente durante el contrato, debe tener su manifestación a su finalización y el agente o concesionario deberá participar de alguna forma en el beneficio obtenido.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979, se denegó el derecho a la indemnización por parte del concesionario. Nuestro Tribunal de casación manifestó que en los contratos de duración indeterminada «las soluciones propugnadas son fijar un tiempo máximo de vigencia (Ley francesa de 14 de octubre de 1943) o bien permitir la denuncia *ad nutum* en los suministros por tiempo indeterminado, autorizando a cualquiera de las partes para apartarse del contrato sin más que dar el preaviso en el término pactado en el establecimiento por los usos o, a falta de ambos, en un término adecuado, atendida la naturaleza del suministro, solución que es la acogida por el art. 1.569 del Codice civile italiano...», señalándose más adelante que la solución se da para evitar «... la repercusión que en el patrimonio de cada contratante pueda ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro». Del contenido de esta sentencia se podría inferir que el concesionario tendrá derecho a indemnización cuando no se le haya formulado preaviso. Si embargo, no está clara esta deducción pues no hay un pronunciamiento nítido sobre el tema. Nos parece criticable, por otro lado, el argumento de pretender evitar con la denuncia el perjuicio que pudiera tener el concedente por la inactividad o falta de diligencia de la otra parte. Para esos supuestos, basta acudir a la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, previsto en el art. 1.124 del Código civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1966, entendió de un contrato suscrito por las partes, que contenía un derecho de denuncia por vía unilateral. Habiendo ejercitado el concedente el preaviso pactado —un mes—, el Tribunal Supremo entendió que no era posible tergiversar el texto claro de lo convenido con una interpretación arbitraria, para pedir una obligación de indemnizar, cuya existencia y cuantía no aparecían reglamentadas y ni siquiera aludidas en el texto terminante del contrato (53). En este caso, nuestro Alto Tribunal no tuvo necesidad de argumentar el principio de limitación de las convenciones perpetuas, pues

---

(52) Cfr. IGLESIAS PRADA, *ob. cit.*, p. 271.

(53) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Dictámenes...*, cit., pp. 170 y 171, que comenta esta sentencia.

aplicó estrictamente el de la autonomía de la voluntad, sin tener en cuenta que el plazo pactado era extremadamente corto.

La sentencia de 14 de febrero de 1973 denegó al concesionario el derecho a ser indemnizado, basándose en cinco motivos, que resumimos: Primero.—Que el pacto de exclusiva debe interpretarse en sentido limitado. Segundo.—Que en la práctica mercantil se acompaña al contrato una cláusula de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimientos de daños y perjuicios, que se justifica por la repercusión que el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro. Tercero.—Que ese es el criterio seguido en otros preceptos del ordenamiento jurídico cuando median obligaciones por tiempo indefinido (artículos 400, 1.052, 1.705, 1.733 y 1.750 del Código civil y art. 279 del Código de comercio). Cuarto.—Que las legislaciones extranjeras y la española adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva, ya sea concediendo a los contratantes la facultad de desistimiento unilateral o señalando un plazo máximo de duración. Y quinto.—Que la jurisprudencia proclamó en las sentencias de 18 marzo 1966 y 29 mayo 1966 la doctrina limitadora de los pactos ilimitados y, por tanto, el denunciante no traspasó los límites de la equidad y la buena fe. Esta sentencia, que condensa la doctrina jurisprudencial, ofrece varios puntos vulnerables, en nuestra opinión. En primer lugar, por razones de seguridad jurídica, parece más correcto acudir a la técnica de la resolución del contrato, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, en caso de inactividad o falta de diligencia de la otra parte. En segundo lugar, porque enumera preceptos como el artículo 279 del Código de comercio que, según la doctrina y la jurisprudencia, no es aplicable a la agencia y a la concesión mercantil (54). Además, nuestro Tribunal de casación se olvida mencionar el importante artículo 224 del Código de comercio, que impide la disolución de la sociedad colectiva o comanditaria cuando el socio pretende obtener un lucro particular que no obtendría con la subsistencia de la sociedad, calificándose esta conducta de mala fe. En tercer lugar, porque se olvida de la Ley extranjera más progresista y alabada por la doctrina en materia de concesión mercantil: la Ley belga de 27 de julio de 1961, que establece para el concesionario un derecho a ser indemnizado en caso de denuncia unilateral del contrato de duración indeterminada.

Como se puede comprobar, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la indemnización derivada de la denuncia unilateral, sin justa causa, en el contrato de duración indeterminada, es claramente restrictiva, cuando existe cláusula de exclusiva (55).

---

(54) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, 23 de abril de 1974 y 21 de abril de 1979.

(55) No puede decirse lo mismo cuando la denuncia unilateral, sin justa causa, se produce anticipadamente, en un contrato de duración determinada. Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1963 reconocen el derecho a ser indemnizado por parte del «comisionista»



La sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de diciembre de 1976, que recoge la doctrina jurisprudencial expuesta, contempla un supuesto de denuncia unilateral sin formular el preaviso pactado contractualmente. Esta sentencia, aunque reconoce al exclusivista derecho a ser indemnizado, estima que «debe seguirse el prudente sentido restrictivo en que se orienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo... que debe concretarse a las ganancias dejadas de obtener en un semestre, teniendo en cuenta que la sociedad actora tenía la facultad de rescindir el contrato avisando con seis meses de antelación». Se trata de una indemnización sustitutiva del preaviso que, aun siendo insuficiente, supone mayor protección al exclusivista que la brindaba por la doctrina del Tribunal Supremo.

Más acorde con los intereses del agente y concesionario es la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 27 de marzo de 1981 que, tras definir el contrato de concesión mercantil y el de agencia, los diferencia en el dato de la exclusividad, que es esencial en la concesión y accesorio en la agencia, y en la actuación en nombre y por cuenta propia por parte del concesionario mientras que el agente actúa en nombre e interés de otro. Esta sentencia, tras reconocer el derecho de denuncia del concedente o representado, declara procedente la indemnización de daños y perjuicios causados al concurrir una denuncia extemporánea o intempestiva, «dentro de la creciente tendencia hacia el fortalecimiento de la posición del concesionario o agente», indemnización «cuyo fundamento en la legislación española puede hallarse en el principio general de la buena fe».

Expondremos a continuación nuestra opinión favorable a que se conceda al agente derecho a la indemnización, en caso de denuncia unilateral formulada por el empresario representado en un contrato de duración indeterminada, sin alegar justa causa.

Para que el agente pueda tener derecho a la indemnización deberá haber cumplido fielmente todas sus obligaciones esenciales, de tal manera que la voluntad extintiva contraria le produzca auténtico perjuicio económico (56). Si el agente se mantuvo inactivo,

---

—agente, en realidad—, en base al principio de la buena fe. En estos supuestos, la indemnización coincide con la ganancia dejada de obtener en el plazo que falta para terminar el contrato.

(56) Cfr. BROSETA, *ob. cit.*, p. 409, que mantiene una posición crítica respecto de la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas, al manifestar: «Cuando, por el contrario, para el contrato no se ha pactado plazo o período de duración determinado, sino indefinido, suele afirmarse que el contrato puede revocarse libremente (se invocan en este sentido los arts. 224 y 302 del Código de comercio) siempre que la parte que así lo haga respete el plazo de preaviso. No compartimos esta opinión, porque puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en perjuicio del agente, que habiendo cumplido fielmente sus obligaciones creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones, puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencias de la revocación libérrima y, por ende, arbitraria de su mandante. Admitimos, sin embargo, la revocación mediante preaviso cuando para ello concorra justa causa».

no devengaría comisiones a su favor, por lo que la extinción del contrato no puede perjudicarlo económicamente. Si, aún estando inactivo, tuviera derecho a comisiones en las operaciones directas entre la clientela y el representado, la denuncia formulada por éste debe ampararse en justa causa, es decir, en el incumplimiento de las obligaciones del agente, para evitar el pago de la indemnización.

A) Cuando el representado no concede plazo de preaviso, el agente tendrá derecho a una indemnización, motivada por la brusca ruptura de la relación contractual, que produce un quebranto económico en su patrimonio.

Si el contrato establecía plazo de preaviso, que no fue respetado por el representado, el fundamento de la indemnización se halla en el artículo 1.101 del Código civil, pues se trata de un incumplimiento contractual (57). La cuantía de la indemnización debe ser equivalente a las comisiones que el agente debió percibir durante el plazo de preaviso pactado contractualmente. Se trata de una indemnización sustitutiva del preaviso, que se calculará sobre la media de los emolumentos devengados por el agente en un plazo anterior a la denuncia. *De lege ferenda*, estimamos que el plazo debe referirse, como máximo, a los dos años anteriores, para evitar que el agente puede verse perjudicado por la inflación.

Si el contrato no regula la necesidad de establecer un plazo de preaviso y el representado formula la denuncia sin concederlo, el agente tiene derecho a ser indemnizado, puesto que, en realidad, la conducta del representado supone también un incumplimiento contractual.

De conformidad con el artículo 1.258 del Código civil, el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. La buena fe exige que el representado conceda un plazo de preaviso al agente (58), aunque no se hubiera pactado (59).

---

(57) Cfr. OGÁYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona, 1983, pp. 110 y ss. La jurisprudencia es restrictiva en cuanto al lucro cesante. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1972 señala: «... para el éxito de una acción sobre daños y perjuicios en cuanto éstos se refieran a las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor, o sea, al *lucrum cessans*, debe probarse que realmente se han dejado de obtener y por tanto no han de ser dudosos ni contingentes, debiendo ser, por otra parte, consecuencia necesaria del incumplimiento. Cfr. TIRADO SUÁREZ, *Notas sobre lucro cesante*, «Revista General del Derecho», 1975, pp. 830 a 842; en concreto, pp. 839 a 841.

(58) Cfr. VICENT CHULLÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214, que acertadamente se pregunta a qué obliga el principio de la buena fe: «en primer lugar obliga a la oportunidad, mediante preaviso con una razonable antelación». Cfr. también GARRIGUES, *Tratado...*, cit., pp. 574 y 575: «Toda la materia de la denuncia y del preaviso está sometida al principio de la buena fe dominante en toda la contratación mercantil y que resultaría violado por el ejercicio de un derecho en forma arbitraria (por ejemplo, si un empresario denunciase inesperadamente un contrato de agencia sabiendo que el agente había realizado grandes sacrificios para conseguir introducir los productos en el mercado)».

(59) Cfr. Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 34, para

El representado debe actuar de acuerdo con las reglas de la buena fe, como consecuencia del mandato contenido en el artículo 1.258 del Código civil, que no tiene carácter dispositivo (60). La buena fe debe entenderse en sentido objetivo (61). Por ello, el representado deberá cumplir el contrato siguiendo una conducta de lealtad y colaboración con el agente, procurando no lesionar las legítimas expectativas de éste (62).

Cuando el empresario perjudica al agente que cumplió fielmente sus obligaciones, al denunciar el contrato en su interés exclusivo, rompiendo injustificadamente la confianza (63), debe indemnizarle adecuadamente, porque ha incumplido el contrato al infringir el deber objetivo de buena fe. El agente tendrá, en consecuencia, derecho a una indemnización en cuantía equivalente a las comisiones que debería haber percibido durante el plazo de preaviso si el empresario representado, obligado por la buena fe, lo hubiera concedido. Ese plazo deberá ser razonable o adecuado, para que el agente quede indemne de los perjuicios que le haya producido la brusca ruptura. *De lege ferenda*, en nuestra opinión, el plazo adecuado debe ser de seis meses, admitiendo *excepcionalmente* que pueda reducirse o prolongarse en función de la envergadura de la organización del agente. Esta indemnización sustitutiva del preaviso se calcularía sobre la media de los emolumentos devengados

---

quien la buena fe es «un principio normativo, del que se derivan determinadas obligaciones que deben ser respetadas, aunque no aparezcan expresamente de la ley ni del contrato». En opinión de LASARTE, *ob. cit.*, p. 71, «la función característica del art. 1.258 no radica en *redescubrir* el significado del acuerdo contractual (términos/intención) dentro de los márgenes de la autonomía privada, sino en procurar que ésta no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico».

(60) Cfr. LASARTE, *ob. cit.*, p. 73. Por otro lado, GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 87, escribe: «El principio de la buena fe, cuya aplicación a los contratos mercantiles es de derecho coactivo, servirá para decidir el juicio en favor del contratante que pactó o cumplió el pacto de buena fe». Cfr. también DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, p. 137, que señala la diferencia de matiz existente entre la buena fe objetiva civil y la aplicación mercantil de la buena fe, «ya que esta última es de hecho casi *coactiva* y no del todo *dispositiva*».

(61) Cfr. COSSÍO, *ob. cit.*, p. 244; LASARTE, *ob. cit.*, p. 77; SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XX, Madrid, 1904, p. 561; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Madrid, 1969, p. 112, y LIPARI, *ob. cit.*, p. 354.

(62) Cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 1.º, Barcelona, 1977, p. 235: «La buena fe significa en el art. 1.258 algo más que una directriz en la interpretación del contrato. Ella misma entraña deberes para los contratantes; por de pronto, un deber de honestidad (abstenerse del dolo y tal fue el origen romano); pero también, con un sentido más positivo, un deber de cooperación». Cfr. también SADA, *ob. cit.*, p. 617, que señala que el principio de base en el contrato de agencia, configurado en la propuesta de Directriz presentada por la Comisión al Consejo de la C. E. E. en fecha 17 de diciembre de 1976, es que cada parte debe actuar lealmente y de buena fe.

(63) Cfr. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 137: «En cuanto a su significado o contenido, hay que tener presente que la buena fe mercantil equivale a confianza».

por el agente en un plazo referido, como máximo, a los dos años anteriores a la denuncia unilateral (64).

Cuando el empresario representado concede el plazo de preaviso que se había pactado contractualmente, siendo ese plazo notoriamente inferior al que hemos considerado razonable (quince días, por ejemplo), ¿podrá el agente reclamar indemnización por la diferencia? El hecho de que el agente aceptara en su día el plazo que pretende impugnar plantea grandes dificultades y hace pensar en el fracaso de su reclamación. Mientras no exista una legislación imperativa que imponga la duración del plazo de preaviso, el agente deberá probar que el plazo pactado es insuficiente para resarcirle del quebranto económico que le supone la extinción y que el contrato fue redactado íntegramente por el representado, que lo impuso a la totalidad de sus agentes, en todos sus términos, sin que éstos tuvieran la posibilidad de discutir su contenido (contrato de adhesión). Teniendo lugar la integración del contrato, que no supone necesariamente la existencia de una laguna contractual (65), puede solicitarse la declaración de nulidad de la cláusula que impuso tan corto plazo de preaviso, sustituyendo su contenido por el que exige la buena fe (66). Solución análoga podrá adoptarse en caso de que el contrato no haya regulado el plazo de preaviso y el representado lo concede, por duración muy inferior a la adecuada.

B) Si, tras la denuncia unilateral, el empresario representado sigue disfrutando de la clientela que aportó el agente, tendrá éste derecho a ser compensado por aquél, en razón de ese disfrute.

En Derecho español, como indica Garrigues, «no existe un dere-

---

(64) En Derecho italiano, la denuncia o *recesso* deberá ser realizada con un preaviso que varía según los *acuerdos económicos colectivos* entre tres y seis meses. La notificación de la denuncia no reviste ninguna forma especial, siendo suficiente que se especifique a la otra parte las razones de la decisión. El preaviso puede ser sustituido por una indemnización, que se calcula teniendo en cuenta los meses que corresponderían de preaviso, a cuyos efectos servirá de base económica las cantidades devengadas a favor del agente durante el año natural anterior. En caso de extinción sin preaviso, el contrato queda extinguido desde el momento de la denuncia, sin que la ley vincule la eficacia de esa extinción al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso. Cfr. BALDI, *ob. cit.*, p. 169.

En Alemania Federal, el art. 89 del HGB establece una obligación de preaviso en los contratos por tiempo indeterminado, que se fija de la siguiente forma: seis semanas y con efectos a final del cuatrimestre, si el contrato dura menos de tres años; tres meses si el contrato dura más de tres años. No se ha previsto expresamente la sustitución del preaviso por una indemnización.

(65) Cfr. LASARTE, *ob. cit.*, p. 73. Cfr. también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 224: «Una aplicación progresiva del principio de buena fe en la contratación permite limitar el ejercicio por la parte más poderosa de los derechos que a su favor derivan del contrato, a fin de que tal ejercicio se amolde a las exigencias de la buena fe y permite, además, imponer a dicha parte contractualmente *ex fide bona* especiales deberes de conducta».

(66) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 225: «Deben considerarse nulas aquellas cláusulas que sean inmorales o contrarias al orden público de acuerdo con las convicciones éticas imperantes y también aquellas que impongan a la parte más débil especiales obligaciones que carezcan de propia causa o que exoneren a la parte más fuerte de responsabilidad si tal exoneración carece a su vez de causa».

cho a la clientela, porque ésta no es una cosa susceptible de dominación jurídica» (67).

En el contrato de agencia, la clientela no pertenece al agente ni al empresario representado. Mientras que el contrato está en vigor, el agente recibe sus comisiones en contraprestación a su labor; el representado obtiene el beneficio que se deriva de las operaciones realizadas por mediación del agente. Ninguno de los dos adquiere el derecho a la prospección de la clientela. La remuneración del agente está en función de las operaciones que llegan a buen fin, no del número de clientes que aporte.

Es muy frecuente que, tras la extinción del contrato por denuncia unilateral, el agente no continúe prospectando la clientela. En ocasiones, las demás casas comerciales dedicadas a la misma actividad tienen agentes en la zona o no los necesitan, por realizar las operaciones directamente con la clientela. En otras ocasiones, el agente deberá dedicarse a otra actividad, porque el mercado que encuentra, tras la extinción de su contrato, no le es favorable. En todos estos supuestos, el empresario representado, que denunció unilateralmente el contrato, seguirá gozando pacíficamente de una clientela con la que no contaba anteriormente, pues le fue aportada por el agente. En muchos casos, el representado no tendrá que detraer de sus ingresos las comisiones que anteriormente percibía el agente, pues ha optado por negociar directamente con la clientela. Se produce, por tanto, un enriquecimiento del representado que se corresponde con el empobrecimiento del agente, que dejará de obtener los emolumentos que le proporcionaba su anterior actividad.

El enriquecimiento del representado se produce merced a la denuncia unilateral del contrato de agencia, donde no tuvo necesidad de alegar justa causa. El empobrecimiento del agente deriva del mismo hecho, la denuncia unilateral, a pesar de que había cumplido fielmente sus obligaciones.

En esas condiciones, parece justo que el agente tenga derecho a una compensación por el goce pacífico de la clientela que aportó al representado. El fundamento de esa compensación se encuentra en la acción de enriquecimiento injusto, que en nuestro Derecho tiene el rango de principio general (68), puesto que:

---

(67) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 193. En Derecho francés, el *fonds de commerce* o derecho a la clientela, constituye una propiedad incorporal, que puede cederse o transmitirse a otra persona. El Derecho inglés tiene una noción de *goodwill of the business* semejante al *fonds de commerce* francés. Cfr. RIPERT, *ob. cit.*, tomo I, pp. 372 y 375. En Italia, hay autores que mantienen la opinión de que cabe derecho de propiedad sobre la clientela. Cfr. IANNARELLI (en LIPARI, *ob. cit.*, pp. 580 a 586). La jurisprudencia alemana ha llegado a reconocer la venta de *todos los valores inmateriales* de una empresa y, en consecuencia, ha declarado la prohibición de competencia posterior por parte del vendedor. Cfr. LARENZ, *ob. cit.*, pp. 746 y 747.

(68) En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1962 y 23 de marzo de 1966. Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 404, que afirma que esta acción tiene su origen en la ley (art. 1.901 del Código civil) y que no tiene carácter subsidiario. Para

a) El representado se ha enriquecido, ha obtenido una ventaja: el goce pacífico de la clientela aportada por agente (69).

b) El agente se ha empobrecido, al no poder obtener en lo sucesivo el «lucro cierto y positivo» (70) que constituían sus comisiones.

c) El empobrecimiento del agente se corresponde con el enriquecimiento del representado. Estas situaciones no derivan de una relación obligacional, puesto que el contrato de agencia no faculta al representado para gozar pacíficamente de la clientela, tras la extinción (71). Enriquecimiento y empobrecimiento no dimanán del contrato, sino de la denuncia unilateral que el representado formuló, sin alegar justa causa de extinción. Al formular la denuncia, el representado quebró la confianza que había depositado en el agente y deshizo el nexo de colaboración existente entre las partes.

Existe, por tanto, un enriquecimiento injusto, pues la denuncia que lo provocó supone una actuación realizada por el representado en su provecho particular, con infracción de la regla de la buena fe (72). En consecuencia, el agente tendrá derecho a solicitar una compensación, reclamando el *valor* en que se cuantifique su empobrecimiento (73).

---

un estudio más detallado del enriquecimiento injusto, véanse NÚÑEZ LAGOS, *Código civil*, SCAEVOLA, tomo XXX, pp. 387 y ss; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, tomo I, Barcelona, 1948, pp. 485 y ss., y ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho civil español*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia, 1974», pp. 415 y ss., y *El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Revista Derecho Privado, 1977», pp. 845 y ss.

(69) Aunque la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966, que resume la doctrina jurisprudencial, exige que haya traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, nuestra doctrina no considera este requisito como decisivo. Cfr. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, Madrid, 1979, p. 344 y *Fundamentos...*, cit., pp. 77 y 78, y LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, volumen 3.º, pp. 400 y 401.

(70) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 79.

(71) La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956 establece que «no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial responde a una relación jurídico-obligacional derivada de un contrato válido». En parecidos términos, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966 indica que no hay enriquecimiento sin causa por el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato que no ha sido invalidado.

(72) Cfr. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 426, que, al tratar la denuncia unilateral en el contrato de suministro por tiempo indeterminado recuerda que el principio de la buena fe, que proclama el art. 57 del Código de comercio, limita la facultad de denuncia, poniendo como ejemplo el art. 224 del Código de comercio, que califica de mala fe la conducta del socio colectivo o comanditario que pretende con la disolución un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo de la compañía. Cfr. también VICENT CHULIÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214: La buena fe obliga «a compartir los resultados o beneficios que son efecto de la colaboración entre las partes...» y, en consecuencia, «... lo más lógico es que se valore el resultado del trabajo en común, el beneficio esperado, y se dé a la parte perjudicada una *compensación económica*». Cfr. también SCAEVOLA, *ob. cit.*, tomo XX, p. 562, que considera incluido dentro de la buena fe «no enriquecerse en perjuicio del otro contratante».

(73) Cfr. LACRUZ, *Elementos...*, cit., tomo II, vol. 3.º, pp. 399 y 400. Cfr. también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 81, que escribe: «La acción no

En nuestra opinión, para que el agente tenga derecho a esta compensación, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que haya cumplido fielmente sus obligaciones.
- b) Que haya aportado nuevos clientes al representado.
- c) Que no concurra en un futuro próximo con el representado (74).

*De lege ferenda*, proponemos que el plazo de no concurrencia sea de dos años, semejante al de los técnicos en la relación laboral.

Se trata de una compensación económica que debe realizar el representado al agente por el goce pacífico de la clientela que éste le aportó. No se trata, como dice Garrigues, «de una indemnización en sentido técnico de la palabra, puesto que no es consecuencia de un incumplimiento contractual, siendo, por tanto, inaplicables los preceptos del Derecho civil que regulan el cálculo de la indemnización por tal concepto» (75). Tampoco se trata de una indemnización por antigüedad, puesto que el agente ha tenido durante la vigencia del contrato el premio a su fiel cumplimiento (76).

---

tiene por objeto la restitución o recuperación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que se dirige a la reintegración del equivalente».

(74) En Alemania Federal, el *Handelsvertreter* tiene derecho a una compensación (*Ausgleich*) por la clientela aportada, según el art. 89-b del HGB, cuando se cumplen estos requisitos: Primero.—Que el representado se haya beneficiado de la clientela aportada. Segundo.—Que el agente pierda la posibilidad de percibir comisiones que habría obtenido de haber continuado el contrato, por las operaciones con la clientela aportada por él. Y tercero.—Que el pago de la compensación, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, corresponda en equidad. Cfr. SCHRODER, *ob. cit.*, pp. 365 y ss., y DUDEN, *Recht der Handelsvertreter*, Munich, 1977, p. 58. En el mismo sentido, el art. 418-u del Código de obligaciones suizo, que establece el derecho a la compensación cuando el agente haya aumentado considerablemente la clientela. Cfr. DURR, *ob. cit.*, p. 82. El art. 30 de la propuesta de fecha 21 de enero de 1982 de modificación de la Directriz del Consejo de la C.E.E. de 17 de diciembre de 1976 concede al agente el derecho a ser indemnizado, cuando concurren tres requisitos: Primero.—Que el agente haya aportado nuevos clientes o haya desarrollado sensiblemente las operaciones con la clientela existente. Segundo.—Que el agente no reciba más remuneraciones por operaciones realizadas con esos clientes. Y tercero.—Que el pago de esta indemnización sea equitativo.

(75) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., p. 578). La jurisprudencia belga niega otorgar por analogía al agente la indemnización complementaria reconocida al concesionario por la Ley de 13 de abril de 1971, en su art. 3, que evalúa la indemnización en función de estos factores: Primero.—La plusvalía notable de clientela aportada por el concesionario. Segundo.—Los gastos efectuados por el concesionario y que beneficiaron al concedente. Tercero.—Las sumas que el concesionario adeude al personal que haya despedido como consecuencia de la extinción del contrato. Como vemos, se trata de una indemnización por perjuicios realmente sufridos y, a la vez, de una compensación por clientela. Cfr. DE THUEUX, *ob. cit.*, tomo I, p. 323. Tampoco tienen derecho a compensación el *Handelsagent* holandés ni el agente luxemburgués, aunque la jurisprudencia de ambos países la conceden en contadas ocasiones, cuando queda debidamente probado el carácter abusivo de la denuncia. Cfr. DE THUEUX, *ob. cit.*, tomo I, pp. 68 y 95.

(76) En Derecho italiano, según el art. 1.751, párrafo 1.º, del *Codice civile*, el *preponente* deberá satisfacer una indemnización proporcional al montante de las comisiones liquidadas en el curso del contrato y en la medida establecida en los acuerdos económicos colectivos, los usos y, a falta de ellos, por el juez, según

De *lege ferenda*, nos parece aconsejable establecer el cómputo de la compensación por clientela en una cantidad fija: la media de las comisiones devengadas por el agente en los dos últimos años, referidas *únicamente* a la clientela aportada por él. La mayoría de los países europeos, por el contrario, imponen un límite máximo a la compensación —o indemnización, en su caso—, dentro del cual, los órganos judiciales tienen amplias facultades (77). En nuestra opinión, las partes podrán acudir al Juez para discutir los presupuestos de la compensación (si hay o no justa causa, qué clientela aportó el agente, qué comisiones se han devengado) pero, si se cumplen estos presupuestos, la compensación por clientela debe ser conocida de antemano (78), por razones de seguridad jurídica y de economía procesal, de manera semejante a lo que acontece en la relación laboral especial de los representantes de comercio.

Una vez expuesta nuestra tesis sobre la indemnización y compensación derivada de la denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado, efectuada por el empresario representado, sin alegar justa causa, convendría poner de manifiesto, como colofón, que la indemnización sustitutiva del preaviso ha

---

equidad. La doctrina crítica esta solución por basar la indemnización en las cifras obtenidas por el agente a lo largo del contrato, sin tener en cuenta el aumento de la clientela. Cfr. BALDI, *ob. cit.*, pp. 175 a 178. Con la solución italiana se produciría el supuesto en que dos agentes que han devengado las mismas comisiones, habiendo actuado el primero de ellos sobre una clientela anterior y el segundo sobre una clientela conseguida por él, tendrían —¡paradójicamente!— derecho a la misma cantidad en concepto de indemnización.

La jurisprudencia francesa tiene en cuenta la antigüedad del agente, aumentando la indemnización el algunos supuestos. Cfr. CATONI, *ob. cit.*, p. 148.

El art. 25 del BG austríaco reduce la indemnización cuando la antigüedad del agente es superior a los tres años, intentando no hacer demasiado gravosa esa indemnización cuando la relación dura largo tiempo.

(77) La cuantía es diversa en los países europeos. En Italia dependen de lo establecido en los acuerdos económicos colectivos, los usos y, a falta de ello, por el juez, según equidad. El párrafo 2.º del art. 89-b del HGB alemán occidental limita la compensación al tope máximo de un año de comisiones, calculándose sobre la media de los últimos años de actividad. Dentro de esta cifra máxima, el juez tiene libertad para cuantificar la compensación. El art. 3 del Decreto francés de 23 de diciembre de 1958 reconoce el derecho del agente a ser indemnizado por el perjuicio sufrido tras la denuncia unilateral. La jurisprudencia francesa ha tomado el hábito de acordar una indemnización semejante al valor de la cartera, es decir, dos años de comisiones, calculadas sobre la media de los tres últimos años. El art. 25 del BG austríaco reconoce al agente el derecho a ser indemnizado con el tope máximo de un año de comisiones, calculado sobre la media de los tres últimos años. Pero, si el contrato ha tenido una duración superior a tres años, la indemnización se reduce por cada año que exceda de tres en la doceava parte de la anualidad media. Si la duración es de doce o más años, la indemnización será como máximo las tres doceavas partes de la anualidad media. El art. 30 de la propuesta de fecha 21 de enero de 1982 de modificación de la Directriz del Consejo de la C.E.E. de 17 de diciembre de 1976, establece que la indemnización no puede exceder de una remuneración anual igual a la media de las remuneraciones del agente en el curso de los cinco últimos años o media del tiempo de duración, si es inferior a cinco años.

(78) Cfr. VICENT CHULIÁ, *ob. cit.*, tomo II, p. 214.



tenido una tímida referencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979 y, más valiente, en la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de diciembre de 1976, ya comentadas. La compensación por clientela aparece en nuestro Ordenamiento jurídico en el artículo 21 de la Ley 117/1969 de 30 de diciembre, reguladora de la producción de seguros privados, donde se establece el derecho del agente afecto a un porcentaje de las primas que devengue su cartera de seguros, que se determinará mediante acuerdo de las partes o, en su defecto, por los usos mercantiles. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, anteriormente comentada, establece una compensación por clientela a un agente de seguros, en cuantía equivalente a ocho veces el valor semanal de la cartera, módulo admitido por la Compañía de seguros, por haber sido aplicado en un traspaso anterior de una delegación suya. La compensación por clientela tiene su reconocimiento más nítido en la también comentada sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 27 de marzo de 1981, donde se recogen los criterios de valoración de la indemnización adoptados en el contrato de concesión por el legislador belga —que combina la compensación por clientela con la indemnización por daños y perjuicios—, donde se reconoce que el fundamento de esa indemnización, en la legislación española, puede hallarse en el principio general de la buena fe (79). Esperemos su consagración a nivel jurisprudencial, en tanto no se promulguen esas deseadas leyes reguladoras de los contratos de agencia y de concesión mercantil.

## V. Conclusiones.

*Primera.*—Hay un elevado número de contratos de agencia, en los que el agente se encuentra en clara situación de inferioridad, al no existir una normativa de carácter imperativo que establezca unas garantías mínimas a su favor.

*Segunda.*—El empresario representado tiene derecho a la denuncia unilateral del contrato de agencia por tiempo indeterminado, sin necesidad de alegar justa causa de extinción.

*Tercera.*—El agente tiene derecho a ser indemnizado en los supuestos de denuncia unilateral, sin justa causa, si el contrato establecía un plazo de preaviso, que no fue respetado por el empresario representado. El fundamento de la indemnización se halla en el artículo 1.101 del Código civil.

---

(79) Véase también la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1973, donde se dice que en estos contratos «los criterios de voluntad y libertad han de subordinarse o armonizarse al de buena fe objetiva consagrado (no sólo integradoramente, sino también como corrector; sentencia de 13 de junio de 1944 y 4 de diciembre de 1956, entre varias) en el art. 1.258 del Código civil».

*Cuarta.*—Si el contrato de agencia no regula la necesidad de establecer un plazo de preaviso y el empresario representado formula la denuncia unilateral sin concederlo, el agente tiene derecho a ser indemnizado. El fundamento de la indemnización se encuentra en los artículos 1.101 y 1.258 del Código civil, ya que, por la integración del contrato conforme a la buena fe, el empresario representado debe conceder plazo de preaviso o, en caso contrario, pagar al agente una indemnización sustitutiva.

*Quinta.*—Cuando el empresario representado concede el preaviso que se pactó en el contrato, siendo un plazo notoriamente inferior al que se considera razonable, por vía de la integración del contrato conforme a la regla de la buena fe, el agente podrá solicitar la ampliación del plazo de preaviso o, en caso contrario, que se le abone una indemnización sustitutiva. Idéntica solución podrá darse cuando el empresario representado conceda un plazo de preaviso notoriamente inferior al adecuado, en caso de que no se hubiera determinado en el contrato la duración de ese plazo.

*Sexta.*—Indemnización sustitutiva del preaviso.—La indemnización debe resarcir el quebranto económico producido en el patrimonio del agente, cuando no se le conceda plazo de preaviso o cuando el plazo concedido sea notoriamente inferior al razonable.

*Séptima.*—Compensación por clientela.—El agente tiene derecho a ser compensado por el empresario representado por el goce pacífico de la clientela que le aportó.

*Octava.*—Se recomienda la fijación del plazo de preaviso y de la indemnización sustitutiva en seis meses, que excepcionalmente podrá reducirse o prolongarse en función de la envergadura de la organización del agente. Se aconseja la fijación de la compensación por clientela en la media aritmética de las comisiones devengadas por el agente en los dos últimos años, referidas únicamente a las operaciones realizadas con la clientela aportada por él. Debe entenderse que lo dicho tiene el valor de sugerencia ejemplificativa que se somete a observaciones mejor fundadas. De nuestra exposición debe inferirse una idea clara: se necesita una regulación del contrato de agencia. Cuál sea ésta es algo que depende del legislador y que, por tanto, no tiene por qué coincidir con nuestras propuestas.



## Hacia un nuevo Derecho Societario\*

JOSE LUIS ALVAREZ ALVAREZ

Notario

**SUMARIO:** *Introducción:* Evolución del Derecho mercantil. Origen de la Sociedad Anónima. El nuevo Derecho de sociedades. Enfoque y sistemática de la exposición.—*I. Transformaciones de tipo técnico:* a) El absentismo de los accionistas y sus consecuencias.—Protección de los accionistas minoritarios. Efectos en los órganos sociales. b) El capital fundacional y sus modificaciones. c) Ampliación de la responsabilidad respecto de terceros.—*II. La sociedad y la empresa:* La cogestión. Equilibrio sociedad-empresa.—*III. Los grupos de empresas:* Clases de grupos. Los grupos nacionales. Soluciones de la CEE. Soluciones de la ley alemana. La ley brasileña. El proyecto español. Consecuencias jurídicas de los grupos.—*IV. Las sociedades multinacionales:* El comercio internacional. Filiales y sucursales. Aparición de las multinacionales. Estructura de la sociedad multinacional. Tipos de multinacionales. Criterios jurídicos. Ventajas de la sociedad multinacional. Inconvenientes de la sociedad multinacional. Papel del legislador nacional. Regulación internacional. Conclusiones.—*V. La sociedad supranacional:* Intentos legislativos. Necesidad de una competencia supranacional. El intento europeo. Los intentos americanos. Proyecto de sociedad europea. Análisis de ese proyecto.—*VI. Las empresas públicas bajo la forma de sociedad anónima:* La utilización de la forma de sociedad anónima. El conflicto jurídico. Repercusiones sobre el derecho societario: a) La situación de los accionistas privados en las sociedades mixtas. b) La ausencia de ánimo de lucro de la sociedad anónima y la subordinación a otros fines. c) La organización y la designación de los órganos. d) Régimen fiscal especial. e) Otras peculiaridades de estas sociedades.—*VII. Conclusión.*

Para empezar, quiero hacer una primera afirmación casi obvia, que me considero obligado a formular; el tema que me fue propuesto y aceptado por mí, es de tal importancia y generalidad, que excede, con mucho, los límites de una conferencia.

---

(\*) El presente trabajo lo realicé para pronunciar una conferencia con motivo del XX Aniversario de la SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS DEL ECUADOR, y eso explica el carácter que tiene y las alusiones que contiene en ciertos casos a la legislación ecuatoriana, que pueden sorprender al lector español.

Quiero agradecer a esta Institución ecuatoriana la autorización para que este trabajo se pudiera publicar en España.

Estas explicaciones previas me parecen necesarias para que el lector conozca el enfoque con que se hizo este análisis y el estilo y amplitud de la rúbrica que lo encabeza.

No se trató de profundizar en el que cada uno de los temas que se tocan, sino de presentar una panorámica de los fenómenos que influyen en el nuevo derecho de sociedades; y falta en él el elemento de investigación y de análisis técnico, insopportable en una conferencia ante un público amplio; en cambio, hay una considerable referencia a los cambios que, a nivel internacional, influyen en el De-

He tenido una tentación: la de hacer una conferencia muy técnica y larga. Pero no he querido caer en ella. Por mucho que hubiera prolongado esta charla, hubiera sido imposible tratar con profundidad los innumerables temas que se suscitan en el nuevo Derecho de las sociedades, y he optado, por lo tanto, a riesgo de ser considerado poco profundo, por hacer un análisis de los problemas más actuales, de mayor trascendencia jurídica, social y económica, y de decir cuáles son las soluciones más seguidas y dar mi opinión, justificándola brevemente. Es decir, por plantear los problemas y ofrecer algunas respuestas a ellos, prescindiendo muchas veces de gran parte del aparato técnico-jurídico que las puede justificar, para hacer más llevadera la escucha. (Y espero seguir, si el tiempo me lo permite, profundizando en este tema, vivísimo, del moderno derecho de las sociedades, desde la base de esta conferencia, para conseguir publicar algunos estudios más documentados).

## EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL

La evolución del Derecho mercantil en este siglo, ha sido muy rápida y activa, mucho más que la de otras ramas del Derecho privado. Las razones son claras: la vida mercantil y económica de los pueblos y del mundo, ha tenido un desarrollo y transformación mayores en esta época, que en todo el resto de la historia del hombre.

Esto hace que desde hace mucho tiempo, se venga hablando de un nuevo Derecho mercantil. El que ha sido, sin duda, el maestro de todos los mercantilistas españoles actuales, Joaquín Garrigues, publicaba ya en 1933 un libro que se titulaba «Nuevos hechos, nuevo Derecho de la sociedad anónima»; en 1972, el profesor Sanders publicaba otro libro con el sugestivo título de «Quo vadis, ius Societatum?», y casi al mismo tiempo, cuarenta años después del citado antes, el mismo Garrigues, en 1971, volvía a plantear el mismo tema.

## ORIGEN DE LA SOCIEDAD ANONIMA

Quiero adelantar que, en mi opinión, hablar del nuevo derecho societario, es hablar de una nueva forma de sociedad, la anónima, en la que prevalece, a veces aparentemente, el capital sobre las personas; que permite la conjunción de grandes

---

recho de sociedades de la mayoría de los países que se mueven en el ámbito de la economía libre. Es, por lo tanto, más un repertorio de problemas y sugerencias, que un catálogo de soluciones.

Su carácter de conferencia y su espíritu de divulgación más que de profundización en cada uno de los muchos aspectos tocados, explica también que se tomen ideas y a veces párrafos enteros, y sistemática de diversas obras, sin que vayan las notas a pie de página. Hacerlo así hubiera significado prácticamente reescribir este trabajo. Por razones de justicia y de lo que este trabajo debe a todas las obras consultadas o que utilicé mientras lo escribía, he optado por acompañar al final una bibliografía de las obras que más utilicé, aparte de las obras generales sobre sociedades anónimas, cuya cita no tiene necesidad de hacerse por obvia. Quiero, por fin, dar las gracias a las sugerencias y ayuda de los profesores Evelio Verdera y Aurelio Menéndez, cuya opinión y conocimientos me fueron utilísimos para preparar este trabajo.

masas de dinero y poder; que es el instrumento de que se ha servido la economía occidental para el desarrollo de las grandes empresas; y que ha generado o ha permitido la generación, luego, de nuevos fenómenos que probablemente no estaban previstos ni figuraban en el programa de la sociedad anónima, como las sociedades supranacionales, multinacionales, o los grupos de empresas, de los que nos tenemos que ocupar en esta conferencia.

Ripert decía, hace ya más de 30 años, que «la Sociedad Anónima es un maravilloso instrumento creado por el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas», y decía de ella que «es una máquina jurídica tan útil como la que utiliza la industria».

Tras el descubrimiento de América, surge una nueva política comercial en la que florecen las grandes compañías coloniales, que en este momento cumplen funciones, no sólo económicas, sino políticas.

Después de este momento, la sociedad anónima empieza ya a convertirse en un fenómeno mercantil normal, que no es ya fruto de un acto político-económico, sino un instrumento de la iniciativa privada para el desarrollo de la producción en masa. Esta no es posible sin grandes empresas, que necesitan unas sumas de capital que las personas físicas no poseen aisladamente.

El Código de comercio francés es el primero que generaliza la figura de la sociedad anónima colocándola, en su artículo 19, al nivel de la sociedad colectiva y la comanditaria.

A mediados del siglo XIX, como consecuencia del progreso de la burguesía, de la generalización de la iniciativa privada y del desarrollo de la economía, se multiplican las sociedades mercantiles de forma anónima.

Estas sociedades empiezan a presentar los caracteres de la sociedad anónima que todavía hemos conocido nosotros, con una junta general en la que ya están todos los socios, un consejo de administración numeroso, con amplias facultades de control y dirección, y un órgano que nace con personalidad propia o por delegación, que podríamos describir como la «Dirección».

Así, llegamos a la legislación de sociedades moderna, que es la que se refleja en las leyes de finales del siglo XIX, en las que queda estructurado el derecho societario sobre la base de distinguir las sociedades personalistas, que van perdiendo importancia, y las sociedades capitalistas, representadas básicamente por la anónima, que van extendiéndose cada día más.

Su regulación en todas las leyes que sirven de modelo: la inglesa de 1862, la francesa de 1867, la española de 1829 y 1885, las alemanas de 1870 y 1884, etc., está inspirada en los principios económicos y políticos de la democracia liberal: libertad, igualdad de los ciudadanos, reconocimiento de los derechos de la persona, de la propiedad, autonomía contractual, y economía de mercado. Y estas ideas llevan a la libre fundación de sociedades, sin necesidad de autorización expresa, al reconocimiento de los derechos de los socios como partícipes y a la consecuencia de que a la suma de los accionistas corresponde el papel decisivo a través de un órgano colectivo que es la Junta General.

Aquí me querría parar un momento, porque de aquí parte lo que podemos considerar como un nuevo derecho societario. En realidad, ha existido durante casi medio siglo, un derecho de sociedades que se puede considerar estabilizado sobre esas bases liberales y tradicionales. Aunque existían tres líneas de regula-

ción: la sajona, la germánica y la latina, con sus propias peculiaridades, había entre ellas una notable semejanza:

Reconocimiento de la Junta General y de los derechos de los accionistas.

Existencia de un órgano de control: el Consejo de Vigilancia en la legislación alemana, y el Consejo de Administración en el modelo sajón o latino.

Y existencia de una dirección, que en el sistema germánico era distinto del Consejo de Vigilancia aunque nombrado por él: el Vorstand, y en el otro era un Comité permanente, ejecutivo, o los Managers o los Consejeros-Delegados o Gerentes que surgían por delegación del Consejo de Administración y normalmente de su seno.

## EL NUEVO DERECHO DE SOCIEDADES

No es que en esos años no haya problemas y evolución del Derecho societario, pero es un cuerpo de doctrina estable. Hablar de un nuevo derecho de sociedades es hablar de las modificaciones que se introducen en ese sistema como consecuencia de una serie de fenómenos nuevos de los que quizá los menos trascendentes son los de origen jurídico y los más influyentes los de origen económico, internacional, laboral y social.

Hay que advertir que los libros, estudios, seminarios, reuniones, que tratan de este nuevo derecho de sociedad, examinan casi exclusivamente los problemas de las grandes sociedades, y los legisladores dictan sus normas pensando en ellas. Creo que eso es un análisis parcial y que se olvida otro fenómeno de enorme interés: la pequeña sociedad anónima. Esa máquina jurídica de que hablaba Ripert, no sólo se ha convertido en el vehículo único y obligado de las grandes sociedades, sino que es el medio más utilizado también por las pequeñas sociedades.

Y este es un suceso en el que repara muy poco la doctrina y sin embargo tiene una gran importancia. Prácticamente, las sociedades personalistas: colectiva o comanditaria, han quedado como la excepción, y las sociedades capitalistas como la regla.

No creo que necesite ponderar aquí la importancia para la economía de cualquier país del buen funcionamiento, la facilidad de movimientos y el buen encuadramiento jurídico de las pequeñas y medianas empresas. Estas son la fuente más importante de puestos de trabajo, el vivero de empresarios capaces y emprendedores, y representan en la economía de todos los países desarrollados, o en vías de desarrollo, hasta de los más adelantados, un tanto por ciento del PIB muy superior a las grandes empresas. E, incluso, se está produciendo el fenómeno en Estados Unidos, en Alemania, en Italia, en España que en el campo de la innovación y de los sectores más avanzados: informática, comunicaciones, fotografía, biogenética, contribuyen decisivamente al desarrollo del país, son más adaptables a los cambios y resisten muchas veces mejor los períodos de crisis.

Creo que es necesario decir, hablando del nuevo derecho societario, que no es posible perder de vista este fenómeno y que una regulación de la sociedad anónima, que es también el instrumento de esas empresas medias, que la hiciera inservible para ellas o que las obligara al cumplimiento de unos requisitos que dificultaran o encarecieran su funcionamiento, sería una norma torpe y anti-económica.

## ENFOQUE Y SISTEMÁTICA DE LA EXPOSICIÓN

Hablar de todas las transformaciones del derecho de sociedades es muy difícil y puede resultar agobiante, si no partimos de una sistemática que, aunque sea criticable, permita un análisis ordenado.

Probablemente, en la clasificación que he hecho para ese examen, influya mi propia formación, mis experiencias vitales y los diversos prismas desde los que he ido conociendo el Derecho, la Economía y la vida de las sociedades.

La verdad es que yo me considero un jurista y desde esta posición abordo esta conferencia. Pero en un notario español se dan siempre dos aspectos jurídicos: el de estudioso e investigador del Derecho, y el de jurista práctico. Me preocupa el análisis técnico-jurídico de la evolución del derecho de sociedades, y a ello dedicaré el primer capítulo de este examen. Así, hablaré de la modernización de las leyes de sociedades y del nuevo derecho de sociedades.

Pero no puedo olvidar, como jurista práctico, con treinta años ya de ejercicio de mi profesión, que por mi mesa han pasado miles de sociedades, y que la inmensa mayoría de ellas eran sociedades medianas, fruto de la iniciativa privada, bien que junto a ellas aparecen grandes sociedades, empresas públicas, empresas mixtas, y otra serie de personas jurídicas.

Como jurista puro, me podría quedar en este examen.

Sin embargo, he tenido dos experiencias más que lógicamente influyen en el enfoque de esta conferencia: la de participar en la vida política y económica de mi país, y la de colegislador como diputado en dos legislaturas. Y no cabe duda que esas dos actividades me hacen considerar nuevos aspectos del derecho de sociedades, en cuanto éstas forman parte como soporte de la mayoría de las empresas, nacionales y extranjeras, y la vida de las empresas es decisiva para la marcha de la economía y, como consecuencia, para el nivel de bienestar de los ciudadanos, y hasta para la evolución política de los países.

Desde este ángulo, creo que en el nuevo derecho de sociedades hay que considerar, al menos, los siguientes fenómenos:

— La influencia que la fuerza del fenómeno económico de la empresa como institución, como realidad y como foco de riqueza y de conflictos, tiene en la normativa de las sociedades. No creo que se pueda entender el nuevo derecho societario sin examinar lo que el desarrollo de las empresas, sus problemas y evolución, significan. La economía es en casi todo el mundo obra de la actividad empresarial, en los tres sectores básicos: primario, industrial y de servicios; ya sean las empresas privadas o públicas, grandes o pequeñas, industriales, agrarias o de servicio. Y que la empresa opera, casi siempre, a través de la forma societaria es un hecho apenas discutible.

— La influencia que una economía a escala mundial supone, por la aparición de nuevas agrupaciones de sociedades y empresas. No sólo en el ámbito internacional, sino en el estrictamente nacional. Para poder vivir en la competencia de ese ámbito económico, en muchos campos: las comunicaciones, la siderurgia, la alimentación, la electrónica, la automoción, etc., es preciso ir a la gran concentración empresarial capaz de resistir a los gigantes de otros países. Eso origina un nuevo fenómeno que influye en el derecho societario: la concentración de empresas, la aparición de los grupos.



— La influencia que sobre el derecho de sociedades supone el empequeñamiento del mundo o el acercamiento de los países por las comunicaciones y la existencia de un mercado internacional. El comercio mundial es hoy una realidad, y no existen ya países independientes, en el sentido de no existir dependencias recíprocas para el desarrollo económico de cada uno. Y ninguno podemos prescindir de los demás, si no se quiere uno condenar al inmovilismo y abdicar de incorporarse al futuro. Esto, que es una realidad positiva, no deja de tener sus riesgos, que todos conocemos. Aparece un tipo de sociedad, con su nacionalidad, que se vierte al exterior. Son las llamadas multinacionales. El uso que políticamente se ha hecho del fenómeno, ha sido muchas veces interesado y demagógico. Pero es cierto que con sus ventajas e inconvenientes, que los dos existen, es indispensable una regulación más actual y menos ingenua que la que tenían muchas legislaciones cuando apareció el fenómeno. Y que dado su frecuente poder concurren una serie de datos, no sólo económicos, sino políticos, que exigen una normativa inteligente y ponderada, que se tiene que reflejar en el nuevo derecho societario.

— La influencia que supone la aparición de los pactos internacionales de asociación de países, de los ámbitos supranacionales económicos o políticos. Sin duda de ninguna clase, el caso más claro son las Comunidades Económicas Europeas, pero el Pacto Andino, los movimientos en otras partes de América y Africa, la EFTA, la OCDE, son acontecimientos que marcan hacia dónde camina el mundo. Pues bien, como consecuencia de esos nuevos ámbitos, se advierte la posibilidad de nacimiento de sociedades supranacionales (no multinacionales), es decir, de una sociedad que no es francesa o alemana, sino comunitaria o europea. La economía va muchas veces por delante de la política, y aunque no exista Europa como nación, o confederación de naciones, puede existir ya una sociedad anónima europea. Esa posibilidad genera una necesidad: la regulación en un ámbito nuevo de ese tipo de sociedades, y la respuesta por parte de las legislaciones de los otros países a esa nueva sociedad transnacional, sin patria política, pero sí con un asentamiento territorial y con un régimen jurídico de trascendencia internacional. Y ese fenómeno lógicamente influye en el derecho societario y normalmente va a influir cada día más.

Todavía hay otro fenómeno del que no se puede prescindir, aunque se salga un poco del ámbito del derecho privado en el que me quiero mover. La utilización de la figura jurídica de la sociedad anónima para empresas públicas, del Estado, con privilegios. Es un hecho que en muchos países, por la eficacia de esa «máquina jurídica», se prescinde de figuras administrativas o públicas que encierran mayor control, menor agilidad y más burocratización para usar de las ventajas de la sociedad anónima, bien en el orden interno del país, o bien para entrar en los mercados internacionales, mezclándose el poder de los Estados bajo el disfraz de la sociedad anónima, con el poder de los grupos privados. Es ese otro dato que no puede olvidarse al regular el nuevo derecho societario.

Quedan más campos que influyen sobre la normativa de las sociedades. Pero me parece que con los citados, ya voy a tener muchas dificultades para no excederme en el tiempo que una conferencia permite.

## I. TRANSFORMACIONES DE TIPO TECNICO

### a) EL ABSENTISMO DE LOS ACCIONISTAS Y SUS CONSECUENCIAS

Aunque éste es un suceso que se produce desde la aparición de la sociedad anónima, es evidente que la multiplicación de ellas y la existencia de miles de pequeños accionistas, hace que la situación se generalice tanto, que afecta al funcionamiento de la sociedad. La actitud pasiva de la mayoría quiebra la validez del principio mayoritario en las decisiones de la Junta General; hace pasar a la sociedad anónima de un sistema democrático de gobierno (formal), a un sistema oligárquico o aristocrático (real); la dominación de la gran sociedad anónima pasa, o a los directores o a las «minorías de control» (bien sean los accionistas participantes o los Bancos depositarios).

#### *Protección de los accionistas minoritarios*

Esa situación pone a la sociedad en una situación falsa que exige una reforma legislativa que la haga conciliarse con la realidad. Si a los propietarios pequeños no les interesa controlar y dirigir la sociedad, la ley tendrá que velar por el derecho de esos propietarios, y lo que es más importante, por el control y dirección de las sociedades para que no se conviertan en terreno a conquistar por los más hábiles y atrevidos, o modo de engañar a los más ingenuos. Todo ello repercute tanto en el tratamiento a los accionistas como en el régimen de los órganos de la sociedad anónima.

En cuanto a los accionistas, se han intentado dos caminos para su defensa: interesarlos en la participación, o defenderlos si no quieren participar.

El primer intento se produjo a través de la eliminación de los apoderamientos en blanco, de la posibilidad de los Bancos de votar por los depositantes (L.S.A. española de 1951 - Ley alemana de 1931), y a través de la expansión y aseguramiento de los accionistas, por vía de una mayor información —convocatorias, órdenes del día, acceso a los libros—, y de la búsqueda de que el derecho de voto se ejerza en beneficio del accionista, acudiendo, incluso, a la responsabilidad del apoderado.

El fracaso real de este sistema, ha hecho buscar otros caminos. En realidad, como ha puesto de relieve la doctrina, lo que sucede es que en la gran sociedad hay al menos dos tipos de accionistas: el que quiere controlar y participar, y el inversor de fondos; y a éste sólo le interesa la rentabilidad y no la marcha de la sociedad, y normalmente ni su vocación es controlar, ni está preparado ni dispuesto a ello.

Esto, sin embargo, no es aplicable a las pequeñas o medianas sociedades con escaso número de accionistas, que tienen interés directo en la participación o, al menos, en el control.

Ante esto ha surgido una nueva orientación en la regulación de las sociedades que parte de reconocer ese hecho como inevitable y trata de crear los mecanismos adecuados para resolver esa situación. Esa función tienen las acciones sin voto. Si el accionista lo que pretende al invertir es especular o emplear sus ahorros de la mejor forma, la solución será darle una mayor parte de los beneficios sociales y no darle lo que no desea, que es el derecho a voto.

Las acciones sin voto, de origen anglosajón, no nacieron para este fin, pero

han sido adaptadas a él. Aparecen en la ley alemana de 1937 y se utilizan claramente con el fin descrito en la ley alemana de 1965.

Esas acciones se compensan con una participación preferente en las ganancias, y con unas garantías de recuperación del voto y de participación en las Juntas y mantenimiento del derecho de información, que les hace seguir siendo socios y no obligacionistas.

Con este carácter se van introduciendo en leyes recientes y en el proyecto de Estatuto de la sociedad europea. Pero no le faltan detractores, ni dejan de reconocerse sus inconvenientes.

Sin embargo, y como resumen, creo que esta es una de las líneas de la nueva normativa para la gran sociedad, que se descompone en accionistas inversores, o pasivos, y accionistas directores, o activos. Pero siempre como opción que permite la ley, y que no debe ser ni impuesta, por cuanto no interesa a las pequeñas y medianas sociedades, ni prohibida como se hacía antes, reconociendo la posibilidad reflexiva de renunciar al voto mejor que abandonarlo de hecho. Debe ser un instrumento a utilizar, para adoptarlo o no, según el carácter con el que la sociedad se constituya o se modifique.

#### *Efectos en los órganos sociales*

La repercusión en los órganos de la sociedad de ese absentismo, ha influido todavía más en el cambio de regulación de las sociedades anónimas.

El sistema seguido presenta tres tipos fundamentales. El primero, o sistema unitario, es el de Bélgica, Italia, Inglaterra o España, en el que existen el Consejo de Administración y la Junta General que elige y controla a la Administración, que es la que lleva la gestión de los asuntos sociales.

El segundo, es el sistema de Alemania o dualista, en el que la Junta General tiene unas facultades limitadas a los casos determinados en la ley y en los Estatutos, elige sólo a parte de los miembros del Consejo de Vigilancia, y no puede decidir en asuntos de gestión.

Este es el órgano de gestión y representación de la sociedad que la dirige bajo su propia responsabilidad. El Consejo de Vigilancia tiene unas facultades muy extensas que se retiran a la Junta General, por razón del absentismo de los accionistas, y entre las que la más típica es la de control, que incluye los derechos de información; también corresponden a ese Consejo las facultades de autorizar determinadas medidas de gestión, dar la autorización previa para determinados negocios y, sobre todo, elegir a los miembros del Vorstand.

El tercero es el de aquellos países que prevén la coexistencia de ambas formas de organizar la administración, bien como Francia a elección de la sociedad, bien como Holanda y Dinamarca haciendo obligatorio el sistema dualista para un tipo de sociedades y dejando en libertad a las demás.

Como se ve, las soluciones son todavía variadas, pero puede decirse que el nuevo derecho societario camina hacia la solución dualista.

En realidad, las diferencias no son tan grandes como pueda parecer a simple vista. Hay un dato real que aproxima ambos sistemas. En todo caso, en las grandes sociedades la Junta General ejerce o tiene unas facultades mucho más limitadas que las del supremo órgano democrático de la sociedad. En el sistema germánico por ley, y en el latino-sajón por práctica. En estos últimos, el Consejo

de Administración, numeroso, opera más como órgano de vigilancia y control que como órgano de gestión. De él se segrega un Comité Ejecutivo, Comisión de Dirección o grupo de gerentes que asumen la Dirección, por delegación, con facultades similares a la del Vorstand. Como además, quien los elige es el Consejo de Administración, el papel de éste se parece mucho al Consejo de Vigilancia; con lo que nos encontramos ante tres órganos paralelos.

La tendencia legislativa moderna es a la extensión del sistema germánico, y es razonable. Si esas facultades se distribuyen de hecho así, parece lógico que la normativa se adecúe a esa realidad, y las obligaciones y responsabilidades de cada uno se determinen por la ley.

Esa es la posición del proyecto de Quinta Directriz de la CEE y del Estatuto de sociedad anónima europea, y es también el cambio que introduce el proyecto español de 1979. Pero sin dramatizar y con gran flexibilidad, hablando incluso el derecho comunitario de coexistencia de los dos sistemas en un período de transición.

En el proyecto español, la solución es muy amplia, pues ofrece hasta cinco sistemas de administración, imponiendo el sistema dualista sólo para las sociedades cuyos títulos cotizan en Bolsa, su capital o su número de empleados exceda de ciertos límites, o se trate de sociedades a las que se le imponga una ley especial.

#### b) EL CAPITAL FUNDACIONAL Y SUS MODIFICACIONES

Otra de las tendencias claras en el nuevo derecho de sociedades es la fijación de un capital mínimo y la exigencia de un número mínimo de fundadores. Ambas nos parecen normas razonables, pero bastante inútiles.

Son razonables, porque van dirigidas a asegurar la seriedad y solvencia de la sociedad, y su carácter de unión de esfuerzos de una pluralidad de personas. Ambas van introduciéndose en los diversos Derechos, en el alemán, en la regulación de la sociedad europea; en el proyecto español de 1979, en la ley ecuatoriana, etc. Y probablemente tienen su base también en la idea de que la sociedad anónima es una figura especialmente apta para las grandes compañías.

Sin embargo, y sin que esto signifique que yo me oponga a todo capital mínimo, hay que reconocer que la sociedad anónima es utilizada en todos los países, no sólo por las grandes sociedades, sino también por las medianas y pequeñas que, aunque se las quiera inducir a usar la sociedad limitada, suelen preferir la anónima por su mayor perfección técnica, y ya he confesado antes mi preocupación e interés por las pequeñas compañías. Por ello, mi criterio es que deben evitarse los capitales ridículos para las sociedades anónimas, pero que el mínimo que se establezca no debe ser tan alto que impida a muchas sociedades el uso de esa forma, porque la experiencia dice que muchas de esas pequeñas sociedades, precisamente las que prosperan, necesitan de la forma anónima para el desarrollo de sus negocios, y no hay necesidad de imponerles después un cambio de forma, de la limitada a la anónima, cuando alcanzan el nivel de capital o actividades que ya esté a los niveles exigidos. Aunque justo es reconocer que el capital mínimo que fijan la mayoría de las legislaciones, es muy prudente.

En cuanto al número de fundadores, la norma es todavía más inútil. Como Notario, estoy harto de ver la participación de fundadores con un número de acciones tan pequeño que no se intenta engañar a nadie en cuanto a su condición

de puros presta-*nombre* para completar el mínimo. Comprendo la preocupación por la sociedad de socio único o por la sociedad puramente familiar, de padres e hijos, en la que se busca funcionar con un patrimonio separado y disfrutar del privilegio de la responsabilidad limitada. Y aun en este caso, la experiencia me ha demostrado que existen serias razones para no desalentar estas sociedades familiares. Pero la eficacia de la norma que exige un número de socios alto es muy escasa.

Son frecuentísimos los casos de una sociedad, nacional o internacional, que crea una filial con un capital ampliamente mayoritario, y cuando se trata de empresas públicas que utilizan la forma anónima, es todavía más reducido el número de fundadores. En Alemania, donde se exige un mínimo de 2 a 5 fundadores para la sociedad limitada, los entes públicos no pueden crear una sociedad de capital sin participación ajena, pero como nos dice Vogel, eso se salva mediante la utilización de empleados o funcionarios que concurren a la fundación y luego ceden sus participaciones a la Administración. El legislador ecuatoriano ha sido más inteligente y realista; porque si exige cinco accionistas, al menos, para constituirse y subsistir, permite, en los casos de participación de instituciones de Derecho público, que el número de accionistas descienda a dos.

Dentro de esta línea de seguridad del capital, se manifiestan otras tendencias en las leyes o proyectos más recientes que me parecen más importantes:

La garantía de la suscripción efectiva con responsabilidad de los fundadores y promotores, y a veces exigencia de una ratificación o aprobación por un órgano público nacional o supranacional; vigilancia y garantía de las aportaciones no dinerarias, acudiéndose, en algunos casos, a la procedencia de esas aportaciones según el tipo de sociedad, y en otros a la aprobación expresa de los órganos sociales, y en el caso de que se trate de aportaciones extranjeras, a la exigencia de autorizaciones especiales cuando se trate de bienes de difícil valoración: aportaciones técnicas de procedimientos, derechos de propiedad industrial, marcas, etc.

En el aumento y reducción de capital, predomina la preocupación del respeto de los derechos de los accionistas existentes y de los terceros interesados en la marcha de la sociedad. Se toman precauciones para los casos en que la sociedad trate de adquirir sus propias acciones y, en general, a pesar de la disminución del papel de la Junta en relación con la Dirección o el Consejo de Vigilancia, se mantiene en todas las legislaciones como un caso claro de competencia de ese órgano, la aprobación de todas las operaciones que afecten a la cifra capital.

En la línea de mayor defensa de la sociedad como institución, que de los accionistas como propietarios de ella, se introducen normas que, por razones de peso, reducen el derecho de suscripción preferente en ciertos casos de aumento de capital, disminuyendo así la relación entre derecho al capital y derecho a las reservas: tendencia peligrosa que debe ir acompañada de una compensación a los accionistas antiguos, pues si no, por esta vía se les puede disminuir su real participación en la sociedad.

En cambio, para defender a los accionistas en caso de transformaciones de la sociedad, que puedan anunciar una disminución de su seguridad en el futuro, se tiende a ampliar los casos en que los accionistas pueden hacer uso de su derecho de separación: en los cambios de objeto, en los casos de traslados del domicilio de la sociedad al extranjero, en los casos de ventas de paquetes de acciones que

parecen anunciar la aparición de un nuevo socio dominante, y en los casos de entrada de la sociedad en la disciplina de un Grupo.

### c) AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE LOS TERCEROS

La idea de la responsabilidad limitada, parece tan integrada en la sociedad anónima, que hay una resistencia al planteamiento del tema. Sin embargo, como después veremos, el fenómeno de los grupos ha planteado el tema de la búsqueda de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante para proteger a los acreedores o a los accionistas de las sociedades dependientes. Es decir, se tiende a colocar la responsabilidad allí donde se encuentra el mando o el origen de las decisiones.

En la sociedad anónima estricta, empieza a plantearse la misma cuestión como consecuencia de la diferenciación de accionistas inversores y accionistas con poder de mando y dirección. Existe para ello una razón histórica y otra económica.

La razón histórica es que en las sociedades personalistas que antecedieron a las capitalistas, el mando y decisión suponían la responsabilidad. Era así en la colectiva, y en la comanditaria, cuando aparece, se limita la responsabilidad del que aporta capital sin participar en la dirección. Es cierto que la sociedad anónima es la superación de esa situación por dos razones: por el privilegio que se concede por la autoridad pública por razón del riesgo extraordinario que se corre (sociedades coloniales); y luego se conserva por la necesidad de estimular la concentración de grandes masas de capital, necesarias para el nuevo desarrollo industrial, y esa razón de interés económico público, es la que justifica la responsabilidad limitada. Producido un cambio en la sociedad anónima moderna, es la que un grupo actúa como siempre (los inversores), es justo que se mantenga la responsabilidad limitada para ellos, pero no parece justo que se dé el mismo trato a quienes llevan la dirección, quienes tienen el mando y quienes entran en la sociedad, no para obtener una renta, sino para dominar y dirigir el negocio (el grupo dominante), porque, como veremos, lo que se hace con ello es trasladar la responsabilidad a los terceros.

Existe un precedente citado por el profesor español A. Menéndez en la legislación española, que perduró en América —por razón del rechazo del Código mercantil de 1829 por el movimiento independentista—, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737; allí se reconoce que cada interesado en la «sociedad general» saneará las pérdidas «hasta la cantidad de capital en que estuviere interesado», pero añade que «aquél o aquéllos bajo cuya firma corriere la compañía, están obligados, además, ...con todo el resto de sus bienes, habidos y por haber, al saneamiento de todas las pérdidas».

La razón económica es la de que cuando cambia la esencia de la sociedad anónima y existe un poder muy grande en la Dirección que no arriesga nada personalmente (ya que no estamos hablando de sus responsabilidades por negligencia o incumplimiento de sus obligaciones) y que sólo se juega la responsabilidad del capital ajeno y muy repartido, se pueden producir situaciones en las que la garantía para los terceros sea insuficiente, y que la limitación de responsabilidad puede operar en perjuicio de los acreedores, de los terceros, de los empleados de la empresa, y hasta del interés de la colectividad.

Se trata en el fondo de ver cuáles son los límites que se deben poner a la

limitación de responsabilidad, en base a la concentración de poder en un grupo de accionistas o de administradores, que detentan el control de la sociedad, sin que éste sea paralelo a las repercusiones económicas que pueda padecer personalmente.

Como tantas veces, la realidad ha ido más deprisa que la legislación. Ese riesgo está siendo eliminado por los que, con fuerza, negocian con ese tipo de compañías. El fenómeno se da más en las sociedades anónimas o limitadas medianas o pequeñas, pero se puede dar en las grandes y en los Grupos de empresas. Y digo que está siendo eliminado, porque cada vez son más frecuentes las exigencias de responsabilidades complementarias o avales a las sociedades anónimas, por quienes contratan con ellas, o por quienes les prestan dinero; es decir, por proveedores y acreedores.

Todos sabemos cómo el banco que presta a una sociedad anónima, exige el aval de todos o parte de los miembros del Consejo de Administración, o del Presidente o de los accionistas que mandan en ella; y cómo los grandes proveedores o contratantes con ella, acuden al mismo procedimiento. En el fondo, lo que están haciendo es quitando, para ellos, la limitación de responsabilidad.

Con ello no se resuelve el problema general, sino que se agrava. Aparecen así dos clases de acreedores, los poderosos que eliminan su riesgo, y los débiles (personal de la empresa, proveedores pequeños, acreedores múltiples) que padecerán la situación de insolvencia de la sociedad y que, además, quedarán, incluso, en segunda posición respecto de los grandes. Las legislaciones, por la presión de los sindicatos, han eliminado en muchos casos este riesgo del personal calificando de privilegiados sus créditos, pero en los demás subsiste el problema.

Ante ello, existe una tendencia, partidaria de una modificación inspirada en la sociedad comanditaria por acciones, que se presenta como una fórmula más justa para las grandes empresas con control concentrado. Esta idea se ha introducido en algunos casos en el derecho francés llevando a la responsabilidad ilimitada de los órganos de gestión en algunos casos de quiebra, y se refleja en general, en una regulación más detallada y exigente de los casos de responsabilidad de los Administradores y en la exigencia, por doquier, de una publicidad mucho mayor de los actos de las sociedades anónimas, y de un mayor derecho de información de accionistas minoritarios y acreedores.

En los casos de quiebra, se puede pedir que se declare la sujeción a dichos procedimientos, de los que bajo la fachada de la responsabilidad limitada de la persona jurídica, hayan dispuesto de los bienes sociales como propios o hayan continuado abusivamente, en interés personal, una explotación deficitaria.

Estas ideas fueron acogidas en el Proyecto preliminar de convenio de quiebra para los países de la CEE de 1968, pero no conozco el estado de la redacción actual, que se halla en fase de negociación del Consejo de Ministros de las Comunidades, todavía recibéndose opiniones de los Estados Miembros a finales de 1983. El proyecto de Estatuto de sociedad europea es, en cambio, clásico en cuanto a las responsabilidades exigibles a los Directores de la compañía; es decir, se limita a regular sus posibles responsabilidades frente a la sociedad, no frente a terceros, y establece, en cambio, la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por las obligaciones de las sociedades del Grupo.

El tema está abierto. Todavía estamos en la línea de mantener la responsabilidad limitada en las sociedades anónimas, y creo que es el principio que ha

permitido el desarrollo de ellas como forma, y de muchas iniciativas económicas, pero el legislador debe estar atento a las utilidades de la anónima para prevenir y sujetar los casos en que, en vez de ser un requisito útil, se convierta en un riesgo para terceros y un abuso de sus usuarios que haga peligrar la subsistencia del equilibrio en ese tipo de sociedad.

## II. LA SOCIEDAD Y LA EMPRESA

Existe otro factor determinante, que influye mucho en el nuevo derecho de sociedades. Es la consideración de la empresa como factor productivo básico de la economía de un país y las modernas concepciones de la empresa como institución.

Un altísimo tanto por ciento de la economía mundial, de la que depende el bienestar de todos, actúa a través de empresas, pequeñas, medianas o grandes, pero que reúnen las características de esa figura económico-jurídica.

Pues bien, esa generalizada presentación de la empresa como sociedad, provoca muchas nuevas repercusiones en la figura de la sociedad.

Lo primero que produce, es una confusión que desde el primer momento quiero apartar. Empresa no es igual a sociedad, aunque en el lenguaje vulgar a veces se unen como sinónimos. La sociedad es la forma jurídica, a veces, de la empresa, o es el titular o posible sujeto de la empresa. Como he dicho, existen muchas empresas que no son sociedades, y hay sociedades —pocas en el mundo de las anónimas— que no son empresas.

La mayor transformación en el derecho societario, viene de la creciente importancia económica, social y política de la empresa. El nivel de vida, el PIB, y hasta la independencia nacional depende a menudo del desarrollo empresarial de un país. Y esa fuerza hace que se quiera subordinar plenamente la forma jurídica al fenómeno económico, cuando el Derecho es para moldear y encuadrar ésta, no para dejarse arrastrar por las fuerzas en juego.

Fue Rathenau quien por primera vez, en un famoso escrito de 1917, planteó de forma sistemática la importancia que tiene la empresa en sí misma —no como propiedad del empresario—, como insustituible factor de producción de riqueza, depositando la confianza en la defensa y realización del interés propio de la empresa en la administración y no en los accionistas, guiados por sus intereses egoístas de lucro.

Sólo con decir esto, se aprecia la gravedad del tema. De la construcción liberal, basada en el derecho y en la propiedad de los accionistas, se puede trasladar el centro de gravedad a los intereses de otros muchos interesados en la marcha de la empresa: consumidores, trabajadores, acreedores, población en que se halla situada la empresa (piénsese en el reciente caso de Sagunto con motivo de la reconversión de Altos Hornos del Mediterráneo), desarrollo de la construcción y el comercio en la zona que debe proporcionar vivienda y suministros para los obreros y sus familias, etc., etc. Por esta vía se puede llegar a la transformación de la regulación de la sociedad y hasta su absorción y destrucción por la empresa. Y de todo hay ejemplos.

El planteamiento inicial de esta cuestión es la protección, en interés de la conservación de la empresa y por su importancia económico-política, frente al desen-



frenado interés económico de los accionistas. Así se empieza a reconocer a la empresa como un bien jurídico independiente, diferenciado de sus titulares.

Esta corriente tiene unas consecuencias divergentes. Para algunos autores, la sociedad anónima es un elemento del sistema capitalista que refleja los cambios que en él se van produciendo. Para otros, la importancia de la empresa determina unos nuevos principios del Derecho de sociedades anónimas basado en la necesidad de la protección de la empresa y de los accionistas. Para otros, justifica la concentración de poder en manos de los administradores y la reducción de los derechos de los accionistas, basado en la necesidad de proteger al interés propio de la empresa. Y para otros, abre la posibilidad de una ordenación jurídica más justa de la sociedad anónima, no limitando los intereses de la gran sociedad anónima a los de los accionistas, sino incluyendo los de los trabajadores y la empresa misma.

Lo cierto es que la doctrina de la empresa abre una gran brecha en la construcción tradicional de la sociedad anónima. Por esta vía se va a introducir en la regulación de la sociedad anónima todo el tema del control público; de la participación de los trabajadores y la cogestión; del interés de la economía nacional; y del fortalecimiento de la posición de la administración y la limitación de la influencia del capital anónimo.

#### *La cogestión*

Pero la introducción de la idea de la importancia de la empresa en el ámbito de las sociedades anónimas, va a provocar bastante tiempo después, pasada la segunda guerra mundial, una de las transformaciones mayores y más discutidas todavía, y que no ha llegado, ni mucho menos, a una solución pacífica doctrinalmente por el contenido sociopolítico que encierra: la participación de los trabajadores de la empresa en los órganos de la sociedad anónima.

Tras 1945, el SPD alemán y los sindicatos de ese país, se proponen como objetivo la socialización de la economía y las corrientes de inspiración cristiana examinan también con interés la cogestión de los trabajadores en una sociedad industrial que había quedado destruida por la guerra. Simultáneamente la influencia americana, de inspiración neoliberal, empieza a producir sus efectos frente a la planificación centralizada socialista de la Alemania del Este, que es un mal ejemplo por su escaso funcionamiento. Alemania, gobernada por los democristianos, aprueba en 1949 una Constitución equilibrada y el Gobierno opta por la vía media de Erhard, de la economía social de mercado.

Aunque antes había habido unos intentos de cogestión basados en el artículo 165 de la Constitución de Weimar, y se acogió por primera vez en 1920 la representación de intereses extraños a la sociedad en el Consejo de Vigilancia, no llegó esto a significar un cambio estable, y es en 1947, en las industrias del acero y el hierro, cuando aparecen los primeros Consejos de Vigilancia paritarios.

Tras ello, en 1950, con la intervención personal de Adenauer, y tras graves conflictos sociales, se aprueban las «Directrices sobre la cogestión en la industria del hierro y del carbón», y tras ellas una ley de cogestión en 1951, que con otra ley de 1952 introduce la cogestión simple o minoritaria que atribuye a los representantes de los trabajadores un tercio de los puestos del Consejo de Vigilancia y la cogestión cualificada o paritaria para las empresas con más de 1.000 trabajadores en los sectores del carbón, hierro y acero, de una manera especial, ya

que el Consejo de Vigilancia cuenta con 11 miembros de una forma muy matizada (4 representantes de los trabajadores, más un miembro adicional, y 4 representantes de los accionistas más un miembro adicional, y otro miembro adicional). Para éstos se establecen unos requisitos que les dan cierto carácter independiente y arbitral.

Este problema se vuelve a plantear con la reforma de la ley de sociedades anónimas alemanas de 1965. Y no olvidemos la influencia que la doctrina germánica va a ejercer en todo el derecho moderno de sociedades.

Los alemanes, ejemplo bastante bueno de orden democrático, eficaz y social, basado en la propiedad privada y en la libre iniciativa, pero sin los excesos liberales de Estados Unidos (que se los puede permitir por su desarrollo económico, su riqueza y extensión, y su larga tradición democrática), y sin las peculiaridades del tradicionalismo de los japoneses en la empresa, son un modelo interesante de lo que puede dar de sí una legislación moderna de sociedades en un país que quiere coordinar la justicia con la libertad, a finales del siglo xx, sin caer en los excesos capitalistas ni colectivistas. Por ello, es interesante conocer su experiencia en este campo, sin olvidar el mayor grado de responsabilidad, moderación y formación de los trabajadores y empresarios alemanes en relación con los de muchos otros países.

La ley de 1965 fue motivo para una batalla en el tema de la cogestión. De un informe del Congreso de Juristas alemanes de 1951, que desechó la configuración de las formas de empresas desde el punto de vista de la constitución económica y social, surgió una propuesta de ordenación privada para las grandes empresas de más de 10.000 trabajadores— en la que se acoge institucionalmente la cogestión y el bien común, buscando un equilibrio de los intereses de capitalistas, trabajadores y colectividad.

Ballerstedt, citado por Gaudencio Esteban en su magnífica obra «El Poder de decisión en las Sociedades Anónimas», a quien sigo básicamente en este punto, en 1959, parte de la distinción entre Derecho de sociedades y Derecho de la empresa, y de la necesidad de proceder a una reforma de la empresa que incluya otros intereses que los de los aportantes de capital, y dice que la reforma del Derecho de sociedades debe orientarse sustituyendo la perspectiva societaria por la jurídico-empresarial en la que se valore la aportación de trabajo y la importancia socioeconómica de la empresa.

A pesar de estas posiciones y de la presión de los sindicatos, la ley de 1965 se concibe como una ley de organización cuyo fin es poner a disposición de la actividad económica un sistema técnico capaz de funcionar, y se afirma que la organización interna de la sociedad anónima no se debe ver afectada por las cambiantes concepciones políticas.

En 1965 prevalece la idea de que el grado de cogestión alcanzado ya en Alemania, es suficiente y ajustado a la Constitución alemana, y que más pasos podrían atentar a los principios constitucionales, que reconocen la propiedad y la iniciativa privada en un sistema de economía de mercado.

El problema se abre de nuevo tras la llegada del SPD al poder. Se intenta introducir la cogestión paritaria en las grandes sociedades anónimas (siempre sólo en las grandes, hasta en los proyectos más radicales de los sindicatos), sobre la base de la distinción entre la función de la propiedad y la función de la dirección, no siempre coincidente con los intereses del capital, y la consideración de

que las grandes empresas no deben considerar como meras organizaciones de propietarios, sino como instituciones económicas y sociales.

Tras muchas discusiones, la Ley de Cogestión de 1976, no contiene un sistema unitario de cogestión, ya que se aplica sólo:

— a unos tipos de empresas, los que revistan la forma de sociedad anónima, sociedad limitada, sociedades mineras y cooperativas de producción y consumo, siempre que empleen más de 2.000 trabajadores;

— a la empresa dominante de un grupo de empresas, cuando el conjunto del grupo tenga más de 2.000 trabajadores.

Se fundamenta en razones de carácter jurídico-laboral para mejorar la protección de los intereses de los trabajadores a través de su participación en la toma de decisiones, y en razones de carácter económico-social por la trascendencia de las grandes empresas, no sólo para los intereses de los trabajadores y aportantes de capital, sino también de los intereses públicos o colectivos.

La cogestión se realiza a través de la presencia en el Consejo de Vigilancia, pero como destacado la doctrina, la gestión no puede llegar a considerarse paritaria por la necesidad de respetar el Derecho vigente de sociedades que está basado en la propiedad y autonomía privadas. En este dilema, en el que la composición paritaria de ese Consejo restringe la autonomía de los socios para decidir los destinos de la sociedad, se llega a la solución de que —al regular la composición de ese Consejo en el grupo de los trabajadores—, se incluye a los obreros y empleados, y dentro de éstos a los directivos y a los no directivos, con lo que aparece como una «tercera fuerza» que en la forma de elección de los miembros aparece ligeramente favorecida. Esto, unido al voto doble del Presidente del Consejo, para cuya elección tienen ciertas preferencias los representantes de los accionistas, hace que se concluya por los intérpretes que se han ampliado considerablemente los derechos de los trabajadores, pero que no se ha llegado a una cogestión paritaria.

De todas formas, la modificación experimentada en el Derecho de sociedades por la introducción de la idea de la empresa en sí, es enorme. De la clásica posición de que los únicos interesados son los accionistas, se pasa a la disminución de su papel, aumentando el de la dirección, y de esto se llega al reconocimiento del derecho de participación y gestión, no sólo del capital, sino del otro elemento de la empresa, el trabajo.

Obsérvese, sin embargo, que en la posición más avanzada dentro del Derecho occidental, y en una ley dada con un gobierno de un partido socialista —ahora ya en la oposición—, se limita esa cogestión a las grandes empresas y a su presencia en un órgano muy importante, pero sin llegar a tener posición determinante, sino influyente.

Después veremos la influencia que esto ha significado en el Estatuto de la sociedad europea de la CEE.

### *Equilibrio sociedad-empresa*

Si yo tuviera que dar mi opinión sobre hacia dónde camina el Derecho de sociedades por esta nueva influencia empresarial, me inclinaría a reconocer como norma general, que la sociedad anónima y la empresa funcionan, en general, mejor, vigiladas por un sistema equilibrado de poderes —accionistas, dirección, Consejo de Administración o vigilancia con funciones de control—, dentro del ámbito

de la autonomía privada y con la dirección y control de quienes arriesgan su dinero; pero con excepciones en ciertos casos, reguladas cuidadosamente, de manera que no corriera riesgo la seguridad jurídica, y como consecuencia no se produjera el desestímulo para la inversión.

Un intervencionismo excesivo, sea de los organismos públicos, sea de los meros «interesados», podría acabar con el espíritu de empresa, el ánimo de riesgo, y el deseo de crear una empresa propia.

Sin embargo, en determinado tipo de sociedad-empresa, en que el desinterés del capital, por su dispersión, puede ser un hándicap, en que la dirección puede quedar en manos de personas que no corren riesgo ninguno, y en la que, además, por su tamaño se crean unos intereses legítimos para la economía nacional, el entorno geográfico y la masa de trabajadores que dependen de ella, me parece acertada la presencia de esos intereses en los órganos de la sociedad.

Es un mundo de modificaciones peligrosas, pero para los que creemos en los valores del hombre, en su libertad y dignidad, y en su igualdad de oportunidades sin caer en el igualitarismo, se abre aquí un camino de colaboración de los diversos elementos humanos de la empresa, que es digno de ser explorado con esperanza.

### III. LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Acabamos de ver que el concepto empresa y no digamos el de organización empresarial, es más extenso que el concepto sociedad. Otro fenómeno de nuestro tiempo es la aparición de organizaciones económicas que están compuestas por una pluralidad de actividades que desarrollan diversas personas jurídicas, es decir, seres jurídicamente independientes, pero que económicamente no lo son: los grupos de empresa. Pues bien, esta realidad es otra causa de necesarios cambios en el Derecho de sociedades.

Es un hecho cierto en casi todos los países, desarrollados y en vías de desarrollo, que por las características de la economía moderna, se ha producido la aparición de los grupos de sociedades que, teniendo una distinta personalidad, responden, sin embargo, a una estrategia económica única. Ello produce hondas transformaciones en las relaciones jurídicas de las sociedades entre sí y con los terceros. El Derecho de sociedades no puede permanecer ajeno a esta realidad; de hecho, lo ha venido haciendo durante mucho tiempo, porque las regulaciones sobre los grupos de sociedades, son todas recientes y muy escasas. Y podría afirmar que, en general, además, insuficientes.

#### *Clases de grupos*

Este tipo de grupos son, fundamentalmente, de dos clases: nacionales e internacionales. De estas últimas, sin embargo, no me voy a ocupar aquí porque son una de las manifestaciones más frecuentes del fenómeno, al que me referiré luego, de las multinacionales. Me refiero sólo, ahora, al fenómeno del grupo de sociedades dentro de un país, y por lo tanto a sus repercusiones jurídico-económicas en ese ámbito, que —aunque es una situación mucho menos complicada que aquella en la que confluyen la pluralidad de empresas con la pluralidad de nacionales, y la plural presencia en diversos países— presenta aspectos que exigen

soluciones jurídicas y determinan respuestas del nuevo Derecho de sociedades.

Vaya por delante mi afirmación de que, tanto en éste como en otros de los campos que vamos a explorar, las soluciones legislativas caminan muy por detrás de las realidades sociales y económicas y que, por lo tanto, voy a hablar más de problemas que de soluciones, porque si los legisladores de la mayoría de los países no han sabido cómo «meter el diente» al problema, sería petulante por mi parte pretender ir diciendo lo que hay que hacer en cada caso.

### *Los grupos nacionales*

La necesidad de un tratamiento específico del «grupo» como tal, deriva del hecho de que, aunque las sociedades son independientes jurídicamente, todas dependen de una dirección económica unitaria.

No hace falta ser muy avisado teóricamente, y basta con mirar a nuestro alrededor en la práctica para darnos cuenta de lo que eso puede suponer a la hora de desviar beneficios de unas sociedades a otras; de dejar a los accionistas de una sociedad que no participan en otras, sin intervención ni beneficio real ninguno para sus acciones; de la poca eficacia de los órganos de una sociedad si las decisiones le vienen dadas desde fuera; y de la posibilidad de burla de los acreedores de cualquiera de las sociedades del grupo, provocando su quiebra sin que eso suponga ningún perjuicio para el grupo, sino para los terceros que contrataron con la sociedad quebrada. Y como éstas, mil otras posibilidades que exceden de nuestra previsión de juristas.

La jurisprudencia de todos los países y el legislador, a nivel de norma de segundo grado, fiscal, administrativa, ha ido tratando de dar respuesta a esas situaciones que se producen cada día, pero creemos que no basta con eso; que esta situación exige una respuesta global y ordenada de la legislación societaria ante ese hecho que salta sobre la personalidad jurídica de las distintas entidades.

Las dos soluciones más interesantes, de carácter global, al problema, son la de la ley alemana de 1965 y los intentos de regulación de la Comunidad Económica Europea. Vamos a hacer una referencia a ellas y veremos lo que esta situación significa para el Derecho de sociedades.

### *Soluciones de la CEE*

El proyecto de la CEE de 1970, sin embargo, no ha llegado a ser aprobado definitivamente por la Comunidad. Su situación actual es la siguiente: se ha segregado de él la presentación de cuentas de los grupos, que se ha aprobado como Séptima Directriz por el Consejo de Ministros, el 13 de junio de 1983, y los Estados miembros tienen para convertirlo en leyes interiores, hasta 1987; el resto del proyecto está, como borrador de Novena Directriz, discutiéndose aún en Comisión con los Estados miembros y los sectores privados interesados.

En el nivel que lo he conocido, y habida cuenta que no intentaba regular los problemas fiscales ni de libertad de competencia, sus criterios son éstos:

El socio minoritario o externo al grupo de la sociedad controlada, tiene derecho, o a hacerse reembolsar el valor actual de sus acciones (separarse) o a canjear sus acciones por otras de la sociedad controladora; o a seguir como estaba, obteniendo una compensación por el dividendo sacrificado por el control.

Para los acreedores, se establece el sistema de responsabilidad solidaria, previa la excusión, de la sociedad dominante por las deudas de la controlada; y se es-

tablece, además, un sistema de tutela de los terceros, por la publicidad y la exigencia de un balance consolidado.

Para los trabajadores, en base al sistema de cogestión del proyecto de sociedad anónima europea, se prevé la creación de un consejo de empresa del grupo.

#### *Soluciones de la ley alemana*

La ley alemana de 1965, contiene la más importante regulación de los grupos, o Konzern. Las ideas de las que parte son las que he expresado, existencia de una dirección única a través de una influencia dominante y autonomía jurídica de la empresa dependiente respecto de la dominante. Pero, además, habla de grupos de empresas y no de sociedades, con lo que se incluye a las personas físicas.

Además, el derecho alemán distingue el grupo de derecho o contractual, y el grupo de hecho. El primero se funda en un contrato de afiliación o sumisión, y el segundo sólo en una situación fáctica. La regulación es distinta, pues mientras para los primeros las fórmulas son las que adopta el proyecto comunitario, para los segundos la regulación es mucho más leve y comprende sólo el resarcimiento del daño de los socios externos, si la política del grupo se lo ha producido.

La doctrina italiana ha observado, con mucha gracia, que fuera de Alemania y salvo por bonificaciones fiscales, no habrá grupos contractuales sino sólo de hecho, con lo que esa regulación sobraría en los demás países.

El tema de los grupos, tan real hoy día, a pesar de que al grupo, de cara al exterior, no se le reconoce personalidad jurídica, ha determinado una serie de toma de posiciones legislativas que significan la apertura de un nuevo capítulo en la regulación de las sociedades porque la verdad es que, salvo en Alemania, no se ha tratado de los grupos de empresas, sino de los grupos de sociedades.

Por razones muy obvias me voy a referir en esta conferencia, y muy brevemente, sólo a dos países: Brasil y España.

#### *La ley brasileña*

En Brasil, la nueva ley de sociedades anónimas de 1976 contiene una regulación de los grupos. Parte de definir la sociedad controlada como aquella «en que la sociedad controladora, directamente o a través de otras, es titular de derechos de socio que le aseguran, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir a la mayoría de los administradores».

El legislador brasileño parte de una construcción bastante lógica, quizá demasiado; distingue las sociedades vinculadas y regula la cesión de control y la oferta pública de acciones, con lo que no existe una regulación de los grupos fácticos. No sé cómo habrá evolucionado en la realidad esta legislación, pero cabe pensar que toda la realidad no haya sido abarcada por la norma.

Como consecuencia de ese pacto entre sociedad controladora y controladas, se puede hablar del grupo como una sociedad «de segundo grado» sin personalidad jurídica y quizá por ello la legislación brasileña dedica atención a la administración y organización del grupo, hablando de órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general del grupo. En cambio, faltan las clásicas normas de protección de acreedores y trabajadores, especialmente si el control o dominación se produce sin convención y por vía de hecho. Impone, en cambio, lógicamente, la consolidación de las cuentas y el balance de las sociedades que forman el grupo.

La opción brasileña, por la concepción contractualista del grupo, hace más fácil la regulación, que es muy interesante, pero deja sin regulación el grave tema de los grupos fácticos que, como decíamos, son sin duda los más frecuentes y peligrosos.

### *El proyecto español*

El proyecto español de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, que de momento parece olvidado, dedica 13 artículos a los grupos de sociedades.

En ellos se prevén tres situaciones: que un accionista, persona física o jurídica, tenga más del 10 por 100 de las acciones de una sociedad, en cuyo caso se le imponen obligaciones de publicidad y responsabilidad si usa en su beneficio la posición de predominio sobre la sociedad; la clásica del grupo, de que «una sociedad sea dominante en virtud de un contrato por cualesquiera otros medios (grupo fáctico), y puede ejercer una influencia decisiva sobre la actuación de otra sociedad que es por ello dependiente de aquélla»; y la tercera en la que establece unas presunciones de dominación por tenencia de acciones, de votos o de designación de los miembros de sus órganos; y la existencia de sociedades vinculadas, que es cuando una ejerce, directa o indirectamente, una influencia notable sobre la otra.

La existencia de una sociedad dominante y otras dependientes, determina la existencia de un grupo al que no se reconoce personalidad jurídica. Las consecuencias más importantes de la regulación, son la obligación de inscribir en el Registro la adscripción al grupo (publicidad); la concesión a los accionistas externos de las dependientes, de vender sus acciones, o canjearlas por otras de la dominante, o compensarles de los dividendos; y la extensión a la sociedad dominante de la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad dependiente.

### *Consecuencias jurídicas de los grupos*

Como se ve, a través del grupo se produce la ruptura de una serie de dogmas de la regulación de las sociedades anónimas. Los órganos de gestión de la dominante, dominan y mandan en los órganos de las dependientes (hasta el punto que el proyecto español llega a exonerar de responsabilidad a los administradores de las dependientes cuando cumplen órdenes). Los intereses de la sociedad dependiente son subordinados a los intereses del grupo, con el consiguiente riesgo para accionistas externos o los acreedores. Y la necesidad de encontrar soluciones justas a estas situaciones anómalas a la vida de la sociedad, impone modificaciones en la normativa de las sociedades, tanto más graves y significativas, cuanto mayor es la proliferación de los grupos. Y todos sabemos que éstos están en progresión creciente (en Alemania se calculaba, ya en los años sesenta, que el 70 por 100 de las sociedades anónimas formaban parte de grupos y, aunque la situación en España e Italia es de mucha mayor independencia, no se puede negar la creciente tendencia a la agrupación).

El ordenamiento tiene que proteger a los accionistas externos, a los acreedores y a los trabajadores de las dependientes, y no digamos nada de los problemas, que no queremos tratar, de la defensa de la competencia.

Para los accionistas surgen las alternativas vistas: creación de un nuevo dere-

cho de separación, derecho a incorporarse a la dominante, derecho a un dividendo asegurado, o, al menos, indemnización del daño producido.

Todas estas medidas significan una alteración de los derechos que corresponden al accionista normal, provocada por una situación económica, de hecho, a la que el Derecho no puede ser indiferente. Y cuando es por convenio, y no de hecho, entra el legislador a defender a los minoritarios, ya que el acuerdo puede haberse hecho sólo con el que traspasa el control, y eso supondría la expoliación de los pequeños accionistas.

Para los acreedores, la protección viene por el camino de extender la responsabilidad a otra sociedad, con la que ellos no contrataron. La ruptura en las normas societarias que esto supone, es mucho más grave aún. Supone levantar el velo de la personalidad jurídica y hacer responsable a la sociedad dominante, atendiendo más a las consecuencias económicas que a las formas jurídicas. Aunque la solución es justa, las consecuencias de ella pueden ser gravísimas y romper uno de los tabús más clásicos: el principio de la responsabilidad limitada de las sociedades anónimas.

Como ya he indicado citando al profesor Aurelio Menéndez, se puede advertir aquí la reaparición de un fenómeno anterior a la aparición de la sociedad anónima, y propio de la sociedad en comandita. La vuelta a la responsabilidad ilimitada, y subsidiaria, del socio colectivo. Estamos en la reafirmación de que el que gestiona y manda, responde. Cesan los privilegios de la limitación. Estos se dan para unos casos, que por la publicidad se garantiza que no hay peligro para terceros, y cuando esa publicidad falta pierden su razón de ser. Pero no quiero dejar de insistir en la vía que por aquí se abre para identificar a la empresa con la sociedad, para romper con la idea de responsabilidad limitada en otros casos en que también sea justa esa extensión de responsabilidad, y para desacralizar el concepto de persona jurídica haciendo prevalecer la realidad económica sobre la forma jurídica. Empieza a prevalecer aquí el sujeto económico (el grupo) sobre el sujeto jurídico (la sociedad) de la empresa. Cualquier economista afirmaría que las sociedades del grupo no son empresas, sino pedazos de una única empresa, y que es, por tanto, normal, y natural, que se antepongan los intereses del grupo a los de la sociedad. Pero vuelvo a decir, que las consecuencias de esta afirmación en la vida y régimen de las sociedades, nos puede poner no sólo ante un nuevo Derecho de sociedades, sino ante una resolución de sus principios básicos que supondría derruir «piedra a piedra» el edificio actual que con tanto esfuerzo ha sido construido y que tantos buenos efectos ha producido.

#### IV. LAS SOCIEDADES MULTINACIONALES

Otro de los factores de cambio de las sociedades anónimas, y como consecuencia de la renovación del Derecho societario, son: la extensión del comercio internacional; el acercamiento de los países por la revolución del mundo de la comunicación, que permite el transporte de cosas, personas y noticias, en un tiempo increíble, y a unos precios que, muchas veces, no suponen apenas incremento de costos por las ventajas que ofrecen la mano de obra y la materia prima de unos países en relación con otros; la aparición de mercados interesantes en todos los continentes como consecuencia del desarrollo general y la desaparición



del colonialismo; y la aplicación del desarrollo tecnológico a la producción en gran escala.

### *El comercio internacional*

El fenómeno ha existido siempre. El comercio internacional y la mediación y colocación de productos en otros mercados que les valora más, lo practicaron los griegos y los fenicios antes de nuestra Era, y la historia de Marco Polo o el esplendor de Venecia no es sino una manifestación de la presencia internacional del empresario mercantil en países distintos del suyo. Pero lo que es nuevo es la intensidad y la frecuencia de esa actuación, el paso de la actividad comercial a la industrial, y la dominación de mercados de producción y venta en todo el mundo por grandes empresas, primero de otros países, y después por encima de cualquier nacionalidad.

Lo que es nuevo, y lo que está sometiendo, y va a someter más aún en el futuro, a reflexión, examen y modificación al Derecho de sociedades, es la aparición, extensión y omnipresencia de las llamadas multinacionales.

En el examen de la presencia, actuación y repercusiones de una sociedad extranjera en un país, hay que distinguir dos situaciones básicamente distintas:

El ejercicio de los derechos por una persona de nacionalidad extranjera, sea física o jurídica, con ánimo mercantil; y

La presencia de unas empresas que adoptan la forma de sociedad, casi siempre anónima, en múltiples países del mundo, a través de una red de entes jurídicos.

En general, los principios liberales impulsieron la posibilidad de la actuación de la sociedad extranjera, con tal que esté regularmente constituida de acuerdo con las leyes de su país. Este fue el derecho común, con más o menos facilidades, de casi todos los países europeos. El reconocimiento de la sociedad significa el de la capacidad que su ley le reconoce con los límites que la ley del territorio impone a sus propias sociedades nacionales, y con limitaciones, también diversas, para distintos tipos de sociedades por el objeto al que se dedican, para protección de campos que, por razones políticas o de orden público, se reservan a las nacionales: sociedades de seguros, bancos, sociedades productoras de elementos bélicos, industrias de interés militar, o de comunicación, o editorial, etc.

### *Filiales y sucursales*

En cuanto a las dos formas de presencia más frecuente de una sociedad extranjera: la creación de una filial o de una sucursal, los principios generales de las legislaciones europeos, son los siguientes:

La creación de una filial, en principio, no origina dificultades ya que se trata de una sociedad nacional que le basta ajustarse a la ley. Los problemas vienen de la manera de adquirir el control: o por la vía de participación directa con aportación de capital (limitado por las legislaciones reguladoras de la inversión de capital extranjero), o por la vía de colocar personas extranjeras ligadas a la principal (limitaciones a las participaciones de extranjeros en cierta proporción y puestos). Aunque la posibilidad de burlar estas limitaciones no se le oculta a nadie, la verdad es que las grandes sociedades son partidarias de un reflejo exacto de la relación existente con la filial, por sus propias obligaciones contables en el país de origen.

La creación de una sucursal o establecimiento sin personalidad jurídica, del que la sociedad extranjera es propietaria. La creación de estas sucursales que, en principio, origina menos problemas, está admitida en casi todos los países europeos (siempre me refiero a Europa Occidental), sin perjuicio del respeto de las normas sobre inversiones extranjeras. Este régimen es, por otra parte, por lo que sé, el que sigue la ley ecuatoriana de compañías.

Aparte de estas relaciones normales, cabe la existencia de tratados, bilaterales o multilaterales, que resuelven entre países o grupos de países, este problema, sobre la base de criterios de reciprocidad, entre los cuales son especialmente interesantes el de La Haya de 1951, y la Convención Europea de 1966, ambos sólo ratificados en parte.

Estas eran, y son, las normas corrientes del Derecho de sociedades ante la aparición de una sociedad extranjera. Pero, aunque siguen siendo útiles, hay que reconocer que han quedado desbordadas por el fenómeno que vamos a tratar, brevemente, a continuación: la aparición de las sociedades multinacionales, en número mucho mayor y con fuerza mucho más grande.

#### *Aparición de las multinacionales*

Como en casi todos los temas que he tratado, tengo que empezar diciendo que una visión de la realidad nos debe hacer distinguir, desde el primer momento, entre la inmensa llanura de sociedades grandes y medianas, que no tienen nada que ver con el fenómeno multinacional, que son decisivas para la economía mundial, y los pocos montes que se elevan en esa llanura. De verdad, las multinacionales son unos cientos o unos pocos miles de sociedades de alta tecnología, organización y capital, que forman un sector de la economía al que Galbraith llamó «sistema industrial». Como es lógico, la regulación de estas pocas sociedades no puede generalizarse ni afectar a las demás, y por lo tanto, lo que vamos a decir debe entenderse referido sólo a las sociedades que revisten el carácter y los riesgos de la gran multinacional.

La multinacional que describimos, tiene un gran tamaño y un gran capital, porque los necesita para alcanzar los niveles de tecnología y estructura que la permite, en cierta manera, controlar o influir sobre el mercado; tiene una gran autonomía, y aun cuando se encuentra sujeta a una o varias legislaciones, intenta influir sobre ellas por medio de una infraestructura jurídica de primer orden; y la mayoría de sus accionistas no tienen ni la dirección ni la capacidad de decisión; en ella influyen, no sólo la dirección propiamente dicha, sino los servicios de información, ya que para el tipo de decisiones que tienen que tomar, una información y una perspectiva política, económica y social, es decisiva.

Este tipo de empresa es, además, casi siempre, un grupo, porque como decía, con gracia Ripert, no sólo las personas físicas tienen familia, sino también las personas jurídicas, y así hay una sociedad-madre, sociedades-hijas y sociedades-hermanas, y hay veces que la madre vive a costa de las hijas, o viceversa.

#### *Estructura de la sociedad multinacional*

La estructura básica es la existencia de una sociedad-madre que tiene la dirección; un control logrado por diversos medios jurídicos sobre todos los establecimientos; una estrategia común, y una unidad económica del grupo, que se refleja en que el beneficio o la pérdida se deduce de un balance consolidado que,

casi siempre, es desconocido para la inmensa mayoría. No es necesario decir que el grupo engloba a empresas de varias nacionalidades establecidas en diversos países y que no hay personalidad jurídica de la multinacional como tal, sino de cada uno de sus componentes, comprendiendo a la empresa-madre.

Las características económico-jurídicas de la multinacional son, además:

a) El control descansa en la Dirección, sean las sociedades del sistema germánico, latino o sajón, y en los principales funcionarios directivos.

b) La Dirección la constituye un grupo de personas que se perpetúa con el sistema de cooptación. Se crea un profesional especial que manda en las multinacionales, pues a veces pasa de una a otra.

c) La influencia de los accionistas externos de las compañías, a veces hasta en la compañía-madre, es mínima. Aunque se pueden producir cambios de control por vía de la venta de muchos paquetes pequeños de acciones.

d) Estas sociedades se caracterizan por su independencia financiera para no depender de los bancos, aunque a veces, sobre todo en los países medianos, la presencia de un banco en posición semidominante no es extraña.

Lo cierto es que el gran capitalismo moderno se desarrolla a través de ellas, pero con un sentido en el que el poder y el mando cuentan más que el beneficio. Ya en 1955 H. Ford II afirmó: «la corporación moderna o capitalismo de riesgos colectivos, ha reemplazado el capitalismo de los marginales. El propietario ejecutivo está siendo reemplazado por una nueva clase de ejecutivos profesionales, dedicados más al progreso de la compañía que al enriquecimiento de unos cuantos propietarios».

Y la explosión o desarrollo de estas ideas ha sido espectacular en treinta años. Sólo en Europa la inversión en millones de dólares pasó de 1.700 en 1950, a 25.000 en 1970, y en 1971 se apuntaba una inversión en el extranjero de todas las multinacionales de más de 165.000 millones de dólares.

Dentro de las empresas multinacionales, caracterizadas siempre por tratarse de un conjunto de sociedades que funcionan en varios países, bajo diferentes legislaciones, pero unidas siempre por una dirección y control común y una unidad de estrategia y de resultado globales económicos, hay una gran variedad de familias, todas las cuales deben ser objeto del tratamiento legislativo especial al que nos intentamos referir.

#### *Tipos de multinacionales*

Las puras empresas de una nacionalidad, que realizan operaciones a través de otras en diversos países, pero que se rigen y asientan por las leyes del país en que radica la matriz.

Las empresas internacionales en el sentido de que el grupo se asienta sobre una o varias empresas de distinta nacionalidad, con fondos de diverso origen y en que la consolidación no se produce en un solo país, sino en un nivel supranacional.

Las empresas transnacionales, en que el equipo directivo del grupo —no la dirección de cada empresa, que eso pasa en casi todas—, está compuesto por personas y capitales de diversa nacionalidad, cuya esfera de actuación es el mundo, y que no se encuentran vinculadas a ninguna legislación ni están al servicio de ningún país.

Todavía pueden existir otras combinaciones, pero más interesante que seguir

en esa línea es, desde un punto de vista jurídico, señalar de qué maneras puede actuar la multinacional para lograr esa pluripresencia.

Las formas más frecuentes de presencia son:

— Crear nuevas empresas en los países en que se tenga interés, bien por la vía de la filial o de la sucursal. Es jurídicamente la situación más sencilla y no exige una nueva regulación, pues el derecho de sociedades tradicional ha previsto ya este tipo de situaciones.

— Adquirir una participación de una empresa nacional ya existente, que supone el control de ella mediante la transferencia de recursos propios del grupo dominante.

Esta fórmula tiene una infinidad de variantes. Se puede hacer por la sociedad matriz o por una de sus dominadas; éstas pueden ser, según convenga, de la misma nacionalidad de la matriz o de la que se quiere adquirir, dependiendo de la legislación del país; con mayoría de capital, o simplemente con un paquete de control y con presencia de funcionarios del grupo o sin ellos, y, además, puede hacerse, no sólo por vía de adquisición, sino de asociación. Y dentro de ésta, por la vía de la *joint venture* (asociación de la empresa multinacional y la empresa local, con el fin de formar una nueva filial, cuyo control pertenezca a la multinacional), con lo que la nueva sociedad goza de los beneficios del crédito local como nacional, y de las garantías internacionales por la presencia de la multinacional; o por la vía, cuando la legislación interior limita mucho la presencia de capital extranjero, de una *joint venture* limitada, en la que la sociedad extranjera tiene una posición casi exterior de asistencia técnica y participación minoritaria, pero a pesar de ello ostenta el control.

Pero la realidad es todavía más fértil, pues hay muchos casos de entrada en una empresa multinacional sin que ésta aporte capital o participe en la estructura de propiedad de la dominada, por vía de convenios de colaboración, de asociación para actuación en los mercados, de suministro de asistencia, materias primas y entrada de sus productos en los mercados que domina la empresa multinacional.

#### *Criterios jurídicos*

Aunque es imposible hacer una exposición completa de lo que representa la trama de la empresa multinacional o de las consecuencias de ella, voy a intentar, sin embargo, decir una palabra de los aspectos más trascendentales, a mi juicio, desde el enfoque de esta conferencia, de la empresa multinacional.

Voy a considerar ahora si es posible y conveniente que el Derecho o una legislación prohíba la existencia o funcionamiento de las empresas multinacionales, y en caso negativo, qué precauciones o medidas debe arbitrar el Derecho de sociedades para evitar los excesos, abusos o situaciones antijurídicas, ilícitas o ilegales que se originen por la presencia de una empresa multinacional.

El primer tema está íntimamente relacionado con la realidad e importancia del fenómeno, con la posibilidad real de un país de sustraerse a él y con las ventajas e inconvenientes que la presencia de las empresas multinacionales tiene. Sobre estos últimos existen multitud de estudios y análisis y, en buena parte, el juicio depende también de la posición política o económica del analista. Pero haciendo un esfuerzo de objetividad, vamos a poner de un lado y de otro los aspectos positivos y negativos, dejando el balance al oyente.

*Ventajas de la sociedad multinacional*

Entre los aspectos positivos que abonan el funcionamiento de la empresa multinacional están:

La aplicación de las economías de escala y de las tecnologías más modernas, a los países en los que se establezcan. El desarrollo tecnológico es tan alto y tan complicado en muchos campos de la producción actuales, que es imposible que pequeños o medianos países puedan incorporar esas mejoras técnicas a su industria o a sus servicios. Es la forma más eficaz y rápida de poner al alcance de los ciudadanos de esos países esas mejoras de calidad y ahorros, que aunque a veces afectan a las empresas competidoras, benefician en general a todos los consumidores.

Suponen un beneficio para la reestructuración de las economías de los países receptores; introducen formas y sistemas de producción más competitivos y tiran del sector en el que se mueven. Esas grandes empresas, con frecuencia llevan aparejada la aparición de una serie de empresas auxiliares y colaboradoras que ya no forman parte de la empresa multinacional y que se benefician de su técnica; y hasta las empresas nacionales que se mueven en otras áreas aprenden de la organización y métodos de la gran empresa.

Representan un medio muy eficaz de desarrollo regional. La ubicación de una de esas empresas multinacionales en las zonas más atrasadas de países desarrollados o en zonas de países en desarrollo, llevan consigo un cambio o representan un impulso para dar el salto que necesitan esas zonas. Con el capital interior puede ser muy difícil realizar esos cambios, ya que sólo una empresa de ese tamaño y recursos puede triunfar en una operación de modificación radical. En el sector agrícola y alimentario, el elemento de tirón y de comercialización de los nuevos productos, puede producir, aun con gran beneficio de la empresa multinacional, la aparición del valor añadido en una serie de productos que, de otra manera, no habría surgido y la incorporación de nuevas técnicas, sistemas y hasta semillas y producciones que hubieran necesitado lustros para incorporarse allí, o no se habrían incorporado nunca. Y de hecho, ha habido países o zonas cuya producción agraria ha cambiado hasta el punto de eliminar situaciones de hambre endémica. Se puede decir que eso lo deberían haber hecho los Estados o los Organismos internacionales, pero el dato real es que, a veces, lo han hecho empresas multinacionales.

La empresa multinacional puede introducir a la producción de un sector de un país en unos circuitos comerciales internacionales que aisladamente son muy difíciles de alcanzar. Es un axioma hoy, que es mucho más difícil vender que producir, y que dado el dominio de determinados mercados por una oferta fuerte para una demanda muy exigente, y determinada en cuanto a calidades y especificaciones, el beneficio depende básicamente de la aceptación de ese producto en esos mercados. La diferencia de valor de un producto muy semejante, según se adquiera y presente en un mercado o en otro, es radical. Pensemos, por ejemplo, en el vino; del vino con marca, introducido en el mercado americano (caso de la ofensiva del vino italiano) a la venta a granel al mercado soviético de vinos semejantes sin marca, la diferencia de valor puede ser de 1 sobre 10 o más para productos de calidad semejante.

La riqueza más grande de cualquier país, no son sus riquezas naturales, sus

dotaciones de materias primas o sus yacimientos. La mayor riqueza es siempre su población. Si ésta alcanza unos niveles de cultura, capacitación y posibilidad de crear nuevas soluciones y nuevas técnicas, eso es lo que transforma la vida de los ciudadanos de ese país. Ejemplos hay a montones: Francia se destaca en los siglos XVII y XVIII en Europa porque, aparte de otras cosas, es el país más poblado y que más se desarrolla en aquel momento; Japón es el caso que tenemos más cerca, el fruto de un trabajo intenso y de una aportación técnico-cultural transforma la economía y hasta las características físicas de la raza. Naturalmente, nadie defiende que las empresas multinacionales puedan sustituir a la labor educativa y cultural, pero en determinadas dimensiones, las empresas multinacionales contribuyen a la formación de personal de todos los niveles, desde los directivos a los manuales, de forma que repercute en el país receptor.

En un momento en que el paro es uno de los problemas más grandes a escala mundial, y el primero, por ejemplo, en muchos países europeos, la creación de puestos de trabajo, directos e inducidos, es un elemento de notable influencia en los Estados receptores a la hora de decidir sobre la presencia de determinadas empresas en su territorio. Es evidente que el carácter y sector de la empresa arroja resultados muy diversos en este aspecto, y que hay empresas multinacionales que generan muy pocos puestos de trabajo, pero es un factor más a tener en cuenta en combinación con los otros. Su presencia suele influir además en el mercado del trabajo, ya que la empresa multinacional suele estar en condiciones de pagar mejores salarios a la mano de obra local, lo que determina cambios en la oferta de trabajo, aumenta el poder adquisitivo de los asalariados y su nivel de vida y aspiraciones. No faltarán personas que crean que esto no puede presentarse como una ventaja, sino como un problema para muchas empresas interiores, pero la experiencia más extendida no es esa.

La influencia de las empresas multinacionales en el producto interior bruto y en la balanza de pagos, también puede ser positiva. Por ejemplo, el año 1983, de un aumento del PIB en España en un 2 por 100, se calcula que casi un 0,5 por 100 corresponde a la puesta en marcha de la planta de General Motors —una de las más clásicas empresas multinacionales— en Zaragoza. Y la colocación de empresas multinacionales en determinados países para cubrir con la explotación mercados más amplios, caso de Europa, de América del Sur, de Oceanía, puede representar para el país receptor un elemento en su balanza comercial que puede, a veces, ser muy significativo.

Desde el punto de vista de la tecnología y la investigación, una empresa multinacional que incorpore a la filial no sólo la recepción de productos o la producción con arreglo a unas técnicas ya conocidas, sino el desarrollo de esas técnicas y la continuación de la investigación, puede significar un elemento de progreso para el país receptor.

Otro efecto positivo es la aportación de recursos económicos extranjeros, de golpe, y en campos en los que el ahorro interno no está en condiciones de acumular las cantidades precisas o de asumir los riesgos. Esto posibilita una mayor capitalización de los países receptores, que normalmente la necesitan, y una disminución de su endeudamiento al surgir empresas en su territorio que se autofinancian, con capital extranjero que accede al ámbito nacional.

Muy relacionado con esto está la contribución al mayor ingreso que para el fisco representa el establecimiento de una gran empresa, y su participación en

los beneficios por vía de impuesto, lo cual puede contribuir a la actividad económica del sector público para la creación de servicios públicos o infraestructuras que den lugar a un mejor o mayor desarrollo económico interno. En algunos países, como Australia, se han realizado estudios que arrojan el resultado de que la mayor inversión extranjera provoca mayor inmigración (lo que allí es bueno), mayor inversión interior y mejor renta interna con los consiguientes mayores ingresos fiscales.

### *Inconvenientes de la sociedad multinacional*

Expuestas algunas de las ventajas más frecuentemente señaladas, pasemos ahora a los inconvenientes. Mientras aquéllas eran casi todas económicas, en este segundo grupo se mezclan con los políticos.

El primero que se suele apuntar, es la aparición de unos entes, no gubernamentales, con gran capacidad de actuación, que pueden competir con los Gobiernos por su poder, en el campo económico, y que, incluso, pueden influir en la política o en la política económica del país receptor.

Esto puede producirse de diversas maneras. O por la capacidad de presionar sobre las decisiones de los dirigentes económicos, o por la cercanía de los directivos de esa empresa respecto de los centros de poder político o económico, o por la repercusión de su actividad sobre el empleo, el PIB o, incluso, por su participación indirecta en la balanza política cuando se encuentran en juego diversas alternativas y la empresa multinacional considera que uno es mucho mejor que otra para el desarrollo de su actividad económica.

Hay casos muy sonados, pero en vez de hablar de ellos me voy a referir a uno mucho más pacífico, como es el del Canadá. El informe Watkins, de 1968, decía: «Para el Canadá el coste más grave de la propiedad extranjera es la intrusión del derecho y la política extranjeros, y el problema más importante no es el costo económico, sino la pérdida de control sobre un sector importante de la vida económica del país».

Dentro de este mismo campo, es especialmente grave la posibilidad de un conflicto entre el país receptor y el país de la nacionalidad de la empresa multinacional asentada. En efecto, hay precedentes de la interferencia, no de la empresa multinacional, sino del país, o de sus representantes, a los que pertenece esa empresa, o de la utilización de alguna multinacional como medio de hacer política exterior del país; problema que se da mucho más en las multinacionales de las muy grandes potencias y mucho menos en las de países de tamaño mediano aunque muy desarrollados técnicamente.

Hay otro tipo de conflicto posible también, entre el Estado y la empresa multinacional, pero de carácter menos político. Son las divergencias entre los objetivos de producción o venta propios de la empresa, que persigue fines de lucro, y los objetivos de bienestar social que debe proseguir el Gobierno. Eso, a escala nacional, se suele resolver a favor del Gobierno, con razón o sin ella, pero en el conflicto con la empresa multinacional no hay, a veces, jurisdicción nacional que pueda imponerlo, ni organismo internacional objetivo con medios para transar. Por este camino se puede llegar a pensar que el control de determinados sectores económicos importantes puede ser un atentado contra la independencia política, y también se pueden plantear graves enfrentamientos entre la planificación na-

cional y el plan de la empresa multinacional, por ejemplo, cuando ésta actúa en sectores no declarados preferentes por el plan.

Estrechamente relacionado con los aspectos públicos, está el tema fiscal. En una perspectiva, la contribución de la empresa multinacional es positiva, como vimos, pero existe una clara posibilidad de conflicto en dos aspectos, uno técnico y otro de fraude.

El primero es la posible discusión sobre la atribución de los beneficios a una empresa u otra, la contabilidad combinada que puede suponer una transferencia de ganancias, la fijación de los precios de transferencia para las transmisiones a distancia, o sobre la coordinación de los sistemas fiscales de países distintos, casos de doble tributación, etc.

El segundo y mucho más grave, es la evasión fiscal de una empresa multinacional a través de sus empresas filiales, con, incluso, complicidad en actos de fraude o de influencia. Esta es una posibilidad gravísima por sus repercusiones públicas, más grave aún, en los países en que el fraude fiscal es una constante entre las empresas nacionales.

También, en el campo puramente económico o económico-social, hay una serie de peligros e inconvenientes.

Riesgo de que se perturbe el mercado interior por la entrada de un ente más poderoso y se rompa el equilibrio de competencia interna, creándose un oligopolio o monopolio.

Riesgo de que la empresa multinacional haga un uso de los recursos naturales y de las ganancias totalmente al margen de los intereses del país. Especiales problemas se pueden presentar en este campo, en el sector extractivo, ya que la política del Estado puede determinar un ritmo en base a sus reservas que sea completamente distinto del ritmo que interese a la empresa multinacional, en base a su participación en las reservas universales, e, incluso, a las instrucciones o plan de su país de origen, que puede estar ahorrando sus reservas a base de explotar intensivamente las de terceros países.

Repercusiones negativas sobre la balanza de pagos. Puede suceder que unas primeras inversiones sean favorables, pero que después lleguen a ser inferiores a las ganancias netas remitidas al exterior. Aunque una valoración de esto es difícil, parece ser que ha habido épocas y casos en que la diferencia negativa ha sido muy apreciable, y hay datos de períodos para determinadas zonas del Globo, concretamente América del Sur, en que las salidas de beneficios han superado a las entradas de capital, concretamente en relación con un país, USA, y con las empresas multinacionales de tal origen. Probablemente no es difícil tomar datos separados que arrojen, según se quiera, balances de uno u otro signo. Sin embargo, con carácter general, parece que se puede afirmar que ese riesgo es mucho menor en los países receptores de mercado desarrollado, como los europeos, y mucho mayor en países de economía más débil.

Especialmente graves son los problemas sociales que se pueden originar por la presencia de empresas multinacionales. Pueden venir por la introducción de técnicas y maquinaria que disminuyan la mano de obra en países con alto nivel de paro, lo cual, aunque pueda ser bueno a medio plazo, plantea graves dificultades a corto, caso muy frecuente en las empresas extractivas, de automoción, y agrarias.

Por otra parte, la mejor retribución de sus empleados, puede tener el efecto



de crear grupos laborales privilegiados, con la irritación consiguiente del sector, o producir distorsiones en el caso de implantación en zonas rurales de escasa renta en sus campos tradicionales de trabajo.

Otro aspecto negativo es la inferioridad del empresario local con la consiguiente ruina de pequeñas empresas, que dejan de ser competitivas, como en el caso de la tradicional lucha de los pequeños comerciantes con las cadenas de grandes almacenes. O la discriminación entre los empleados del país receptor y los del país de la sociedad dominante que, lógicamente, van a puestos de dirección, cobran mayores sueldos y tienen mejor nivel de vida, a veces, que nacionales que ocupan mejores puestos o tienen títulos superiores.

Podríamos terminar aquí con los inconvenientes, pero no seríamos veraces si olvidáramos otros, a veces mucho más graves, aunque sean de discutible valoración con criterios puramente económicos. Nos referimos a los inconvenientes de tipo psicológico.

Existe una desconfianza respecto a las sociedades multinacionales, que se manifiesta en recelo ante la presencia de una sociedad extranjera que es fuerte, que tiene una posición dominante, y que supera a las de carácter nacional, que puede ser acusada de mantener una posición política propia y querer interferir en la vida local, y que puede alterar los patrones de consumo y los elementos conservadores de las empresas nacionales.

Estos y otros argumentos semejantes, cualquiera que sea la realidad de la conducta de la empresa multinacional, son inconvenientes reales para la presencia de ellas, que deben ser tenidos en cuenta, tanto por el legislador nacional, como por las empresas afectadas.

Ya he dicho que no iba yo a hacer el balance de estos pros y contras. Lo que sí me atrevo a decir es que, a pesar de todas estas reservas, muchas de ellas reales y de importancia, la mayoría de los posibles países receptores suelen estimular las inversiones extranjeras, hasta ofreciendo ventajas o compitiendo con otros países, porque consideran que su contribución es interesante.

#### *Papel del legislador nacional*

Creo que lo que corresponde al legislador es conseguir una adecuación que permita utilizar las ventajas que tienen las empresas multinacionales y disminuir, hasta donde sea posible, sus inconvenientes, y prever los conflictos que se puedan originar. Y creo asimismo que aunque se pueden fijar unos criterios generales, ni los problemas ni las soluciones son iguales en todos los países. No puede ser la misma la posición de países como Alemania, Italia o España que la de los países africanos recién llegados a la independencia; no puede ser la misma la posición de los países de Iberoamérica respecto a USA, por su cercanía y poder, que respecto a los países europeos medios; y no puede ser, aun dentro de una misma área geográfica, la situación de un país muy extenso y rico en recursos, que la de un país pequeño y escasamente poblado; ni puede ser igual la normativa de un país receptor que de un país sede de muchas sociedades matrices, ni la de uno que tenga los dos caracteres, como Francia o Gran Bretaña.

Así y todo, en general se puede decir que la legislación de los países receptores debe adaptarse al fenómeno en los siguientes aspectos:

Controlando el establecimiento en su país del grupo multinacional, a través de los procedimientos clásicos: autorización para la inversión de capital extran-

jero; control, inscripción y sujeción al derecho nacional de las sucursales; superior intervención del Estado en los sectores más sensibles para la economía del país, con determinación previa de cuáles son estos y fijación de la normativa especial aplicable a cada uno para lograr la seguridad jurídica deseable para no desestimular las inversiones convenientes.

Igualmente necesario es establecer una normativa interna que prevea, al menos: la publicidad de la pertenencia a un grupo de sociedades de carácter internacional; una normativa especial para la realización de balances y cuentas de sociedades filiales de un grupo multinacional; la participación de nacionales en los órganos de dirección y vigilancia de la sociedad dependiente; aplicación de las garantías establecidas para los grupos de sociedades nacionales a los internacionales, y si no existe esa regulación, incorporarla cuando se trate de un país especialmente afectado por la presencia de las multinacionales.

Mucho más difícil es crear unas normas que prevean los casos de:

— expropiación o nacionalización de empresas extranjeras o nacionales con participación de capital extranjero o con control extranjero, legalmente expresado, que reúnan las condiciones de no eliminar el lógico recelo ante ellas. Esas normas han de ser una regulación pública y previa, que, sin afectar a la seguridad jurídica y a las características de Estado de Derecho del país que las dicte, supongan un freno para las extralimitaciones de la empresa multinacional;

— situación de insolvencia de las sociedades filiales por reducción del negocio, o cierre de plantas por razones de economía de la empresa-madre, o disminución de los ritmos de producción por razones de economía internacional que no coincida con la nacional. Comprendo que muchas de estas cuestiones son de enorme dificultad, pero es evidente que los juristas y los legisladores no podemos quedarnos quietos por la dificultad del empeño. Ante unos problemas reales que se presentan todos los días y que están sin resolver, no se puede esperar a encontrar soluciones caídas del cielo y mantener las lagunas legales de que adolecen casi todos los ordenamientos. Es verdad que esos problemas, cuando llegan, exigen una negociación entre la sociedad y el Estado, y que, a veces, se resuelven por esa vía. Pero si adoptamos esa solución, entonces sí que estamos tratando a las empresas multinacionales como pares de los Estados y no como sujetos de Derecho sometidos a unos poderes, legislativo y judicial, legalmente constituidos y en funciones;

— conflictos en la dirección económica de la empresa multinacional y la política económica del país. En realidad, estos conflictos deben plantearse con mucha menor frecuencia y éstos sí que son difícilmente resolubles por las leyes mercantiles. Porque no son problemas jurídicos, sino económicos o económico-políticos. Aún así y todo, es posible pensar en normas estabilizadoras, sobre todo cuando se trate de empresas de especial trascendencia por su objeto y tamaño. Tratándose de grandes inversiones a desarrollar en plazos largos, no es imaginable pensar en la aprobación de la actividad unida a planes, aunque sean flexibles, presentados a la Administración. Ciertamente pueden variar las previsiones de la empresa multinacional o del Estado, pero eso sí que es mucho más fácil de resolver sobre la base de los planes previstos, la cláusula «rebus», y la renegociación a posteriori entre la Administración y la empresa.

Es indudable que en toda esta zona nos movemos en una gran incertidumbre. Las normas son pocas y diversas, la experiencia jurisprudencial escasa, y la capa-

cidad de los Estados para llevar a la práctica sus resoluciones y hacerlas cumplir fuera de sus fronteras, muy reducidas.

### *Regulación internacional*

Probablemente esto y otras dificultades reales es lo que ha llevado a muchos autores a decir que las medidas nacionales son insuficientes para resolver eficazmente los problemas de las empresas multinacionales, y que es preciso una organización también multinacional.

Sin embargo, los esfuerzos internacionales, aunque meritorios, son aún insuficientes. Las realidades más importantes son:

- a) Resoluciones de las Naciones Unidas.
- b) Aparte de tomas de posición de la O.I.T., de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional y de la OCDE, son especialmente interesantes dos Congresos internacionales y dos acuerdos internacionales.
- c) El Institut de Droit International, a propuesta de Goldman, hizo un resumen de los principales problemas jurídicos a resolver, enumerando: relaciones entre las empresas multinacionales y los Estados sede y huésped; la estructura y funcionamiento de esas empresas; las relaciones de la empresa multinacional con los aportantes de capital; las relaciones con los trabajadores, y la reglamentación de la concurrencia.

El X Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho internacional, de Guanajuato de 1973, dedicó su 5.<sup>a</sup> Comisión a las empresas multinacionales. Sentó unas afirmaciones entre las que las más importantes fueron:

Todo Estado tiene derecho a regular a las empresas multinacionales que operan en su territorio, y velar porque cumplan todas sus normas, se ajusten a sus políticas económicas, fiscales y sociales y no intervengan en sus asuntos internos.

Las controversias entre un Estado y una empresa multinacional que opere en su territorio, deben quedar sujetas a los Tribunales del primero.

Es deseable para el mejor control de las empresas multinacionales el establecimiento de políticas comunes entre Estados de similar grado de desarrollo o situados en la misma región.

- d) En esta línea y en la de los acuerdos internacionales lo más importante que se ha hecho son el Pacto Andino y la Comunicación de la Comisión del Consejo de las Comunidades Europeas sobre las empresas multinacionales, en el contexto de los reglamentos comunitarios.

### *Conclusiones*

Las conclusiones de este repaso de la normativa internacional, son bastante modestas. Con la excepción del Pacto Andino, lo demás está a nivel de puras recomendaciones, por lo que la necesidad de una regulación interior de los grupos y de las empresas multinacionales, o grupos de sociedades de diversa nacionalidad, es ya una necesidad evidente. Creo que es uno de los retos más claros que tiene el nuevo derecho societario y que, ya que los países no se ponen de acuerdo, debería la doctrina profundizar en este tema, a través de los trabajos aislados que fueran formando opinión, y de los encuentros colectivos de juristas y los pactos o acuerdos plurilaterales entre países que se encuentran en situación semejante, como han hecho los miembros del Pacto Andino y han intentado los de la CEE. Porque la verdad es que, hasta ahora, van mucho más deprisa las em-

presas multinacionales con su actuación y multiplicación día a día, que los Estados. Una vez más la agilidad de la iniciativa privada vence a la burocracia de los organismos públicos.

## V. LA SOCIEDAD SUPRANACIONAL

En la misma línea que acabamos de esbozar, de transformación del derecho societario por causa de la internacionalización del mercado y de la producción, y del aumento de las relaciones entre los diversos Estados, pero dando un paso más allá de las sociedades multinacionales, nos encontramos con un fenómeno aún más nuevo: el de las sociedades internacionales o supranacionales sujetas a una normativa especial creada para ellas; no por la legislación de un Estado, sino por el acuerdo expreso de una pluralidad de Estados que crean un ámbito de nacimiento y actuación de esas sociedades, que excede del clásico nacional.

Siempre han existido sociedades internacionales en el sentido de que estuvieran compuestas por personas, físicas o jurídicas, de distintas nacionalidades. Pero esas sociedades tenían la nacionalidad, y estaban sujetas al Derecho, de un Estado. Lo nuevo es que intenten crearse unas sociedades que no son de una nacionalidad, sino que son propias de un nivel superior que prácticamente no existe como forma política, pero que empieza existiendo como ámbito económico. Así podríamos hablar de sociedad europeas, centro-americanas o africanas.

Esto supone un salto o ruptura básico que representa, no tanto una diferencia de regulación sustantiva —pues la ley que las rijan puede ser similar o copiada de una legislación nacional—, sino un ámbito competencial y de actuación absolutamente distinto.

El poder legislativo que las crea, tiene que ser supranacional y por lo tanto fruto de un acuerdo multilateral o de una pluralidad de acuerdos bilaterales o de adhesiones posteriores; los Tribunales y Registros que las ordenan tienen que exceder de los internos y trasladarse a ámbitos internacionales; el control no pertenece en forma exclusiva a los órganos de los Estados en cuyo territorio actúan; el capital puede no estar en la moneda de ningún Estado nacional; se plantea el reconocimiento de estas sociedades por países que no han participado en el acuerdo internacional; la tributación fiscal no parece que pueda hacerse a un ámbito fiscal supranacional que no esté reconocido, etc., etc.

Por eso decía que aquí se produce un salto que origina una novedad radical que excede de las previsiones que contienen la mayoría de las legislaciones y que puede suponer un nuevo derecho, no de, sino para, las sociedades transnacionales.

Como he indicado, para que este fenómeno se dé, es preciso que haya una capacidad ordenadora originada por un acto político previo: la creación de una comunidad de naciones que camina hacia una realidad superior a la del Estado que nosotros conocemos. En realidad, no se da esta situación en sentido propio, en los Estados federales, por delegadas que estén las competencias en los Estados federados, porque siempre hay una soberanía única, que es lo que falta en este tipo de comunidades.

La repercusión que este fenómeno, incipiente aún, puede tener en el nuevo Derecho de sociedades, es enorme, por el valor ejemplar que la legislación comunitaria ejerce sobre las legislaciones de los países que están dentro de la Comunidad;

por la necesidad de las demás legislaciones de dar respuesta a un tipo de sociedad nueva; por el ejemplo mimético que para ámbitos aún no comunitarios tiene esta decisión, y por la aparición de órganos jurídicos mercantiles, no políticos, de ámbito supranacional y su relación con los del mismo carácter de ámbito nacional.

En una conferencia sobre el nuevo derecho de sociedades, que mira al futuro, no creo que pueda faltar una referencia y una toma de postura frente a este tema, aún a sabiendas de la insuficiencia de desarrollo de estas sociedades y del carácter rarísimamente vinculante de las normas que existen hoy.

#### *Intentos legislativos*

Existen, que yo conozca, dos aproximaciones a esta figura de la sociedad supranacional en América: el proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de sociedades anónimas y el Régimen Uniforme de las empresas multinacionales del Acuerdo de Cartagena. Pero creo que ni una ni otra separan estrictamente la sociedad supranacional de otros fenómenos de sociedades internacionales. La necesidad de regular casos de multinacionales uniendo la fuerza de varios países para hacer frente a ellas, la conveniencia de facilitar la creación de sociedades con participación de capitales de los países que estén dentro de un pacto, o de facilitar el reconocimiento e igualdad de trato, con sentido de reciprocidad, de sociedades de unos países en otros, hasta la redacción de leyes uniformes o de una Ley Uniforme en una pluralidad de países, son fenómenos interesantísimos y progresos evidentes en la internacionalización del derecho societario. Favorecen la economía de todos ellos y la actividad de las empresas en un territorio más amplio que el de un Estado nacional, pero no es eso exactamente, la nueva institución que se nos viene encima. La sociedad supranacional es aún algo más que todo esto, y por ser eso más, es mucho más difícil su existencia.

#### *Necesidad de una competencia supranacional*

Ese más sólo puede nacer de la aparición de una competencia supranacional que sólo llega a existir por cesión de parte de las competencias nacionales. Y a ésto, todos sabemos lo reacios que son los Gobiernos, aunque tengo la duda de si los pueblos lo son también. Quede clara, sin embargo, mi afirmación de que este camino, difícil de recorrer y en el que quizá se fracase por los egoísmos nacionalistas y la falta de capacidad de mirar a lo lejos de los Gobiernos de todo el mundo, es el más adecuado para el desarrollo no colonialista de unas economías de escala mundial que permitan el desarrollo de los ámbitos territoriales que, por razones históricas, están divididos en una pluralidad de naciones, cuyos esfuerzos aislados no podrán hacer frente, en el futuro, a las sociedades y empresas de los países que tienen un tamaño, poder y estructura única, superior, como es el caso de USA, URRSS, China y, en un futuro lejano, India.

Como la realidad suele ser muy tozuda, parece evidente que, en un análisis prospectivo, el desarrollo de las empresas de esas grandes naciones será difícilmente igualable por los pequeños países europeos, americanos o africanos. Todos sabemos que con quien tiende uno a discutir más y entenderse peor, es con el vecino; pero es también verdad que la comunidad de intereses frente a una amenaza exterior, termina uniendo a los hermanos de una familia que, mientras tanto no existe aquélla, no paran de discutir entre ellos.

*El intento europeo*

Europa es evidente que, siendo sus países los más ricos, al menos en PIB y renta per capita, es la primera que se ha dado cuenta de esta realidad o, al menos, que ha tratado de superar su debilidad. Sin conseguirlo hasta ahora, es verdad, pero poniéndose en el camino. No se le oculta a nadie de los oyentes, y menos a mí, que he sido testigo directo de las dificultades de la CEE y de su ampliación, el insuficiente trecho recorrido desde que los padres de la idea moderna en Europa (Schumann, De Gasperi, Adenauer) la echaron a andar. Ni se me ocultan los riesgos que su subsistencia sufre; ni el egoísmo que domina cada negociación de ampliación, que en este momento estamos sufriendo en España en todos los sectores, y especialmente en tres de gran trascendencia social: la agricultura, la pesca y la movilidad de la mano de obra. Pero, así y todo, es el ensayo de creación comunitaria supranacional por la vía del acuerdo, y no de la conquista ni de la fuerza, más avanzado. No es posible saber si esa CEE, ampliada y robustecida que fuera, sería capaz de originar el correcto funcionamiento de unos órganos políticos, Parlamento y Consejo de Ministros europeos; capaz de crear una conciencia de nacionalidad superior. Pero tampoco es eso el objeto de esta conferencia, y por ello, venciendo la tentación de materia tan interesante, vuelvo a nuestro mundo de las sociedades que, simultáneamente, depende de la respuesta a esa pregunta, e influye, en caso de lograr el acuerdo societario, en esa respuesta.

*Los intentos americanos*

Unas palabras sólo sobre el proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas, y sobre el Régimen Uniforme Andino.

En la primera, parece que se trata de conseguir una Ley uniforme para una pluralidad de países, pero que sería ley nacional de cada uno de los países cuando éstos la adoptaran, paso importante, pero no de supranacionalidad; y de regular, además, una sociedad centroamericana, pero que parece que no tiene una nacionalidad propia, sino que ha de ostentar la de alguno de los países (la Base 61 decía que las sociedades constituidas en cualquiera de los cinco países centroamericanos conforme a esta ley, se consideran sociedades nacionales). Es un paso hacia la supranacionalidad, pero sin poder darlo del todo por la falta de un marco político (aparte de que el origen del proyecto es técnico al surgir del Instituto Centroamericano de Derecho comparado de Tegucigalpa) que cubriera y garantizara ese carácter. Por eso, los juristas que hacen el trabajo, tratan de obtener el máximo y mejor resultado posible, por la vía de los acuerdos de cada país y del reconocimiento de la sociedad centroamericana como propia de cada uno.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, las características del proyecto son: la preferencia por el tipo de sociedad anónima, la exigencia de un capital mínimo y una presencia mayoritaria de capital centroamericano; control exterior para asegurar la seriedad de aportaciones y constitución; posibilidad de acciones con voto limitado y dividendo preferente; sistema de órganos a base de Junta General como órgano supremo y protección de minorías, Consejo de Administración plural y órganos de vigilancia nacional (comisarios) y supranacional. Como se ve, está en la línea del nuevo Derecho de sociedades.

Desde un punto de vista económico, sus ventajas son: mejor recibo a una so-

ciudad centroamericana que a una sociedad extranjera; impulso a la creación de sociedades de los diversos países y fortalecimiento de ellas; facilitar la fusión de sociedades nacionales e incremento en la concentración de grupos de sociedades de esos países; mayor circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

El Régimen Uniforme establecido por el Acuerdo de Cartagena me parece que da un paso más, tanto por su carácter de texto aprobado por una Decisión tomada por todos los países del Pacto Andino, como por contener una regulación de las empresas que llama multinacionales que, sin ser como las comunitarias europeas, tampoco son estrictamente como las clásicas multinacionales, ya que hay una presencia subregional necesariamente mayoritaria, puesto que los inversionistas extranjeros no pueden pasar del 40 por 100 del capital, y esto se ha de reflejar en la dirección de la empresa.

Por otra parte, al exigir que el domicilio principal esté en uno de los países miembros, actúa más como comunitaria que como multinacional, y esto se refleja también en que se le aplica el Régimen Uniforme y, en su defecto, la ley del país del domicilio principal. Su carácter supranacional vuelve a manifestarse en la necesidad de conformidad de los países miembros cuyos nacionales participan en el capital de la empresa, aunque la aprobación definitiva depende del país del domicilio principal; y tras esto se ha de inscribir en los Registros de los diversos países, desde cuyo momento recibe un trato de sociedad de derecho nacional en todos ellos.

La regulación parece conducir a una sociedad de presencia subregional, con relación más estrecha con el país de su sede, que se rige por normas internacionales y nacionales, que excede de las normas nacionales, pero que, aún llamándose multinacional, tiene más de subregional —o comunitaria— que de extranjera. Quizá sea un buen camino para promover sociedades subregionales y para controlar la presencia de las multinacionales, aunque nos da la impresión de que parece más útil para lo primero.

#### *Proyecto de sociedad europea*

Un paso más allá aún ha intentado dar la CEE, que ha llegado a elaborar un proyecto, pues de ahí aún no ha pasado, de alcance internacional casi sin precedentes que, si no constituye la mejor ley posible, da, al menos, la versión ideal de un Código de Sociedades Anónimas tal como lo conciben los autores y legisladores de esos países. Refleja además la evolución legislativa de ellos sobre la base de la publicidad y de la protección de los intereses en juego alrededor de las sociedades anónimas: los de los accionistas, terceros, trabajadores y colectividad.

Los pasos que hubo que dar hasta llegar al proyecto que la Comisión presentó al Consejo en 1970 fueron lentos y numerosos.

En los textos del Tratado de Roma de 1957, se encuentran ya los principios de libertad de establecimiento, eliminación de la doble imposición, y el reconocimiento recíproco de las sociedades, el mantenimiento de su personalidad en caso de traslado de la sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades de distinta nacionalidad.

En 1959 Thibierge presenta su ponencia al XVII Congreso francés del Notariado, afirmando que la creación de una sociedad europea es una necesidad para la integración de las economías de Mercado Común, y por primera vez se habla

de una nueva figura: la Sociedad Europea. El mismo año, el profesor Sanders pronuncia un discurso en Rotterdam que se titula: «Hacia una sociedad económica europea». En 1960, es en París, en un Congreso Internacional de la Abogacía, donde se vuelve a pedir una sociedad comercial de tipo europeo. El Congreso de 1961 de la Sociedad Alemana de Derecho Comparado, dice que hay dos medios de resolver los problemas del Mercado Común en materia de sociedades: la uniformación de las leyes nacionales y la suscripción de un Tratado que estableciese el Estatuto de una sociedad internacional superpuesta a las sociedades de tipo nacional coexistentes con ella.

En 1965, el Gobierno francés dirige una nota al Consejo de Ministros de la CEE, en la que propone: «la creación de una sociedad comercial de tipo europeo, cuyo instrumento será un proyecto de Ley Uniforme que cada uno de los Estados miembros introduciría en su derecho interno, y que coexistiría con las leyes nacionales y las sociedades por ellas regidas». En junio de 1967, la Comisión de la CEE publica el proyecto de un Estatuto de Sociedades Europeas, que es el llamado «proyecto Sanders», antecedente del actual Proyecto.

En el proyecto Sanders están ya: la exigencia de capital mínimo, publicidad y jurisdicción única como medio de protección de accionistas y acreedores; la creación de un nuevo derecho para los grupos de sociedades; la introducción del sistema de órganos propio del Derecho alemán: Directorio, Consejo de Vigilancia y Asamblea General; el reconocimiento de la cogestión de los trabajadores; las acciones sin derecho de voto; y la posibilidad de participación de capitales extranjeros en las sociedades europeas.

Al fin, en junio de 1970, la Comisión de la Comunidad presenta al Consejo un proyecto de sociedad anónima europea de 284 artículos, dividido en 14 Títulos.

En su preámbulo afirma que:

— «es indispensable que las empresas cuya actividad no está limitada a satisfacer necesidades locales, puedan organizar sus actividades a nivel comunitario, y que su capacidad competitiva se haga a ese nivel.»

— «que la única solución lógica para realizar la unión económica y jurídica de las empresas europeas es, al lado de sociedades de derecho nacional, la constitución de sociedades enteramente regidas por un derecho único, directamente aplicable en todos los Estados miembros para permitir la creación y gestión sin trabas de empresas de dimensión europea.»

— «que las reglas que la regulen se tomen de la práctica ya comprobada de la aplicación de los derechos nacionales.»

Ideas que son válidas para cualquier nuevo derecho societario de ámbito supranacional.

La situación actual de este proyecto, que ha merecido una atención extraordinaria de la doctrina europea, sobre el que se han publicado multitud de libros y estudios y que ha influido, sin ser ley y por su valor intrínseco, sobre bastantes legislaciones, es, sin embargo, la que diremos después de hacer un rápido análisis de su contenido.

### *Análisis de ese proyecto*

Un análisis completo del proyecto, no tiene sentido hacerlo aquí. Hay multitud de obras que contienen resúmenes y comentarios al alcance de todos. Por



ello, dentro del contenido natural de esta conferencia, yo creo que lo más interesante puede ser señalar las líneas renovadoras más significativas que nos indiquen hacia dónde apunta el nuevo derecho societario europeo, y en la medida que esto sirviera, el nuevo Derecho de sociedades a escala universal. Vuelvo a insistir que la máxima novedad no son estas tendencias, sino la aparición del fenómeno mismo de la sociedad supranacional europea, y lo que eso puede significar; por su presencia en el mundo y porque otros conjuntos de países pudieran llegar a intentar figuras semejantes. Dicho esto, paso a referirme a esas líneas renovadoras.

a) Lo que he dicho tantas veces constituye el punto de partida del Estatuto de Sociedad Anónima: la sociedad anónima constituye la forma básica de actuación, la «máquina» jurídica que sustituye a todos los demás instrumentos. La ley se elabora sobre la base de que todas las empresas afectadas son y quieren ser sociedades anónimas, hasta el punto de que no se admite para la sociedad europea otra forma distinta de la anónima. Por eso podemos decir que cuando hablamos de nuevo Derecho de sociedades, estamos hablando de nuevo Derecho de sociedades anónimas.

b) Se parte de la idea de un capital mínimo por las razones que he dicho varias veces: norma que aunque lógica para la sociedad europea nos parece poco importante para una sociedad nacional.

El capital puede fijarse en moneda nacional o en la moneda comunitaria (ECUS), lo que introduce otra novedad coherente con su carácter supranacional.

En la ampliación de capital, lo más novedoso es la posibilidad de que la Junta acuerde suprimir el derecho de suscripción preferente, en todo o en parte.

c) Quizá por su importancia, o por empezar el régimen para darle mayor seguridad y garantía, se escoge el control del juez además de la inscripción en el Registro, y se da gran importancia a todas las normas que afectan a la publicidad de la sociedad; y en la misma línea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, órgano supranacional, procede al control judicial pudiendo pedir todas las informaciones que considere necesarias. Se puede afirmar que la publicidad de la inscripción en el Registro, es constitutiva.

d) Las operaciones de agrupación de esfuerzos de varias sociedades, puede lograrse por diversos caminos: por fusión, en forma clásica de asunción de activo y pasivo; por creación de un holding sin desaparición de las sociedades fundadoras en su ámbito nacional, o por creación de filiales comunes a varias sociedades.

e) En materia de acciones, las novedades más interesantes son la posibilidad de una amplia autonomía. Con excepción de las acciones de voto plural y de la adquisición por la sociedad europea de sus propias acciones, que está prohibida, se pueden emitir acciones de distinto valor nominal diferentes; con derechos patrimoniales diferentes, sin derecho a voto, al portador o nominativas; y admite los pactos a la libre transferencia de acciones que la práctica y jurisprudencia europea habían admitido ampliamente.

f) El sistema de órganos está influido por el sistema alemán.

Existe Directorio, que desempeña la gerencia bajo el control del Consejo de Vigilancia, pero que tiene los más amplios poderes para todos los actos sociales no atribuidos expresamente a otros órganos por la ley. Existe, pues, un poder de dirección y gestión muy fuerte, pero que se limita a nacionales de los Estados miembros. Son nombrados por el Consejo de Vigilancia.

Prevalece la representación absoluta del órgano frente a terceros, de manera que cualquier miembro del Directorio representa a la sociedad frente a terceros, y si los Estatutos disponen lo contrario, esto sólo surte efectos internos, no externos. Es una solución de gran garantía para terceros y en la línea de la Prokura germánica.

El Consejo de Vigilancia es un órgano permanente y de consejo, con un número pequeño de miembros —entre tres y doce—, que tienen un derecho ilimitado de inspección y control sobre todas las operaciones de la sociedad.

La Junta General tiene unas facultades limitadas a los actos más importantes de la estructura de la sociedad, y no todas, como en el sistema latino. La convoca el Directorio, o una parte de los accionistas, y pueden asistir a ella, no sólo los accionistas, sino los miembros del Directorio o del Consejo de Vigilancia. Para evitar la cesión del voto, el mandato que se dé para votar tiene un tiempo limitado y no puede sustituirse.

Para garantía de todos, se exige la intervención notarial en el acta inicial de presencias y en la redacción del acta, y se concede un amplio derecho de información al accionista.

En casos excepcionales, el control de garantía puede llegar al nombramiento de comisarios especiales y de medidas de administración especiales.

Como se ve, en este sector se multiplican los controles, se tiende a robustecer el órgano ejecutivo, y la Junta General deja de ser omnipotente. O, lo que es lo mismo, pasamos a una sociedad anónima menos democrática en la que preocupa, sobre todo, el buen funcionamiento y la garantía. Eso lleva a poderes concentrados, compensados por mayor control y responsabilidad.

Finalmente, hay tres temas que se regulan, que son otras tantas novedades respecto al Derecho clásico de sociedades anónimas.

g) La representación de los trabajadores en la sociedad europea. La sociedad europea parte de la idea de que se debe dar a los trabajadores de una empresa la posibilidad de defender en común sus intereses en el seno de la empresa y se hace a través de: el Comité Europeo de Empresa, la presencia en el Consejo de Vigilancia y la posibilidad de convenios colectivos de trabajo entre la sociedad europea y los sindicatos representados en la empresa.

El Comité Europeo de Empresa está formado por trabajadores de los distintos establecimientos de la sociedad europea y se ocupa de defender los intereses de los trabajadores de la sociedad europea. El Directorio tiene obligación de informarle por escrito trimestralmente, y el Comité recibe, además, la misma información que los accionistas, y el Directorio tiene que consultar con él en determinadas cuestiones y, si no hay acuerdo, se procede a un arbitraje.

En el caso de que se trate de un grupo de sociedades, el Comité es de empresa de grupo, y los trabajadores de todas las empresas del grupo deben estar representados en él.

Los trabajadores tienen, además, representantes en el Consejo de Vigilancia, a razón de un miembro por cada dos designados por la Junta General.

Este sistema tan complicado es, según parece, una de las mayores dificultades para el progreso del Estatuto de la Sociedad Europea, ya que para la inmensa mayoría de los países comunitarios, supone una diferencia enorme con su legislación interna, y de difícil convivencia con aquélla.

h) Las cuentas anuales son objeto de una especial atención, con unos requi-

sitos de publicidad altos. El Directorio establece las cuentas anuales y la memoria de gestión. Se someten, como proyecto, al Consejo de Vigilancia y, sólo si no se ponen de acuerdo Directorio y Consejo, se someten a la decisión de la Junta.

La regulación es muy minuciosa en cuanto a la estructura del balance, sus partidas, la cuenta de pérdidas y ganancias y la evaluación de los valores, con atención especial a las cuentas de los grupos de sociedades.

i) Finalmente, se regulan los grupos de sociedades, lo cual es otra novedad, pues sólo Alemania entre los países comunitarios tiene una regulación detallada de este tema.

El proyecto parte de la idea de que el grupo representa a una unidad de empresa, y que los intereses de las diversas empresas están subordinados a los del grupo.

Como consecuencia, la empresa dominante es responsable de las obligaciones de la dominada (ruptura del principio de responsabilidad limitada); es preciso saber si una empresa pertenece a un grupo, y para ello se da la competencia al Tribunal de Justicia de las CEE y no a los Tribunales nacionales, y se obliga a la inscripción en el Registro Europeo de Comercio (ruptura de las competencias nacionales).

Se protege a los accionistas libres, concediéndoles derechos de canje de sus acciones o indemnización en metálico (ruptura de la imposición de los acuerdos de las mayorías a las minorías).

Como se ve, quizá aquí es donde se producen, como es lógico, las mayores novedades, porque prevalece la organización económica sobre la estructura jurídica.

Es curioso que las cuentas de los grupos es de las Directrices (es la Séptima) que han sido aprobadas ya por el Consejo de Ministros de la Comunidad en 1983.

A la responsabilidad de la sociedad europea se le da tal competencia, que el tema de la quiebra es objeto de un acuerdo comunitario especial, que está en este momento negociándose en el Consejo de Ministros comunitarios.

La situación actual del Proyecto de Estatuto es la de haber sido presentado al Consejo de Ministros. Un grupo de trabajo «ad hoc», ha realizado una primera lectura de los artículos menos complicados. Los temas tratados en Directrices pendientes han sido apartados hasta que se aprueben éstas y, por ejemplo, el tema de la cogestión ha sido dejado para un último momento.

Las expectativas de aprobación se consideran hoy lejanas, lo que da idea de la dificultad que representa obtener el objetivo de la empresa supranacional y lo atrasados que vamos todos los conjuntos de pequeñas naciones en relación con las grandes potencias. Por ello, el valor de estas normas es hoy mucho más doctrinal y ejemplar, en lo bueno y en lo malo, que normativo.

Sin embargo, el interés del Estatuto es grande y cualquiera que sea su destino, caminamos hacia sociedades de tipo comunitario. Quizá el proyecto europeo ha sido muy ambicioso, olvidando las características de las políticas nacionales. Quizá hubiera sido mejor la publicación de una Ley Uniforme, o la unificación del Derecho de sociedades de todos los países comunitarios, por la vía de leyes muy parecidas, surgidas de los órganos legislativos nacionales, que funcionan más fácilmente, y limitadas a los aspectos técnicos dejando las cuestiones más conflictivas para Anexos que se fueran incorporando.

Como jurista, creo que el objetivo propuesto vale la pena. Políticamente desconfío del buen fin en la situación actual de ese proyecto, y desde un punto de

vista práctico, sin abandonar el intento inicial, tendería a ir a lograr la unificación, por la vía de las reformas simultáneas, de las legislaciones nacionales. Esta es mi opinión también para actuaciones semejantes, o de unión más débil, en otras áreas geográficas.

## VI. LAS EMPRESAS PUBLICAS BAJO LA FORMA DE SOCIEDAD ANONIMA

Hemos visto la influencia que sobre el régimen de la sociedad anónima produce la relación poder-capital o dirección-accionariado; lo que las facultades de los órganos repercuten en la necesidad de que la ley proteja a los accionistas externos, y lo que significa el poder de un grupo organizado de accionistas frente a los accionistas dispersos.

Hemos visto la influencia que la fuerza económica y organizativa que es el objeto de la sociedad, la empresa, tiene sobre su titular, y cómo la empresa, como entidad productiva, llega a imponer sus necesidades a la sociedad anónima.

Hemos visto lo que representa, para un régimen societario, la nacionalidad de las sociedades dominantes, no ya sólo sobre las sociedades dependientes de otra nacionalidad, sino sobre la economía y la política de ese mismo país.

Si todo eso es así, ¿cuál no será la influencia sobre el Derecho de sociedades cuando la empresa que constituye el objeto de la sociedad anónima es una empresa pública; cuando el titular de las acciones, en todo o en parte, es el Estado; y cuando el fin de esa empresa es, al menos en la intención, el prestar un servicio público o el mayor bienestar de la colectividad?

Es ese otro factor real, el último, que vamos a examinar, de alteración del Derecho clásico de sociedades y de necesidad de arbitrar soluciones jurídicas a esa realidad social, para evitar la ruptura del equilibrio dentro de la sociedad anónima y en sus relaciones con terceros; y para lograr que la justicia prevalezca sobre el poder, que invade un campo tradicionalmente privado.

Hay dos hechos indiscutibles: la multiplicación de las empresas públicas en todos los países del mundo de economía libre (no digamos en los países totalitarios o que rechazan la iniciativa privada), y la utilización por esas empresas públicas, con frecuencia, de formas jurídicas privadas. Fundamentalmente, una vez más, de esa máquina jurídica que es la sociedad anónima.

### *La utilización de la forma de sociedad anónima*

Pero el problema que a nosotros nos interesa, por su repercusión sobre el Derecho de sociedades, es el que se produce cuando una empresa pública adopta la forma privada de sociedad anónima para el desarrollo de su actividad.

Este fenómeno es ya indiscutible. En España, Alemania, Italia, Francia, son abundantísimas, y no es un fenómeno europeo, México, Marruecos o el Japón, y otros muchos países en todos los continentes, tienen sociedades anónimas de capital total o parcialmente público.

Existe hoy una opinión común en el sentido de que una actividad económica pública puede desarrollarse con una forma jurídica privada, sin que haya incompatibilidad entre ellas, y que esa forma jurídica es especialmente apta para las actividades públicas que toman carácter empresarial.

*El conflicto jurídico*

Pues bien, en cualquier caso, el hecho de que la empresa sea pública determina situaciones especiales o produce el riesgo constante de que se creen; porque, por encima de que digamos que esa sociedad está sometida al derecho privado, ciertas normas de éste son de difícil aplicación, y ciertas normas administrativas se mezclan en la vida de esa sociedad.

No puede pensarse que se resuelve el problema, como han hecho muchos autores, diciendo que no hay diferencia por el hecho de que el socio sea público. Esa empresa, y lo digo por experiencia, atiende a criterios económicos, pero son «orientadas» por objetivos socio-políticos transmitidos a través del ente o departamento del que, de hecho, dependen; y ante un interés público, cede siempre la consideración económica.

Además, la situación podría explicarse hasta en clave de puro derecho privado. Si en los casos de los grupos de empresas, el interés económico de una sociedad dependiente cede, hasta la destrucción, ante el interés del grupo o de la dominante ¿cómo va a ser distinto en el grupo que representa la Administración del Estado?

Y esta situación no ha sido resuelta por las legislaciones. Buonocore nos dice que en Italia el último proyecto de sociedad por acciones, no contenía la más mínima referencia a las sociedades mixtas, a pesar de ser una de las materias más discutidas y haberse pedido desde los años cincuenta una disciplina «ad hoc». Y en Alemania, su organización y formas jurídicas no están reguladas de forma específica, habiendo quedado la construcción de las soluciones en manos de la ciencia jurídica, discutiéndose, incluso, si las empresas públicas pertenecen al Derecho privado o al público.

En España han de constituirse precisamente como sociedades anónimas y se rigen por las normas del Derecho mercantil, civil y laboral. Pero no sólo la aplicación de éstos sufre presiones y adaptaciones de hecho (que estamos viendo con motivo de la reconversión industrial en Altos Hornos del Mediterráneo y en muchas otras empresas), sino que legalmente han de someter su balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio económico, a la fiscalización del Tribunal de Cuentas.

Por lo tanto, el problema del régimen jurídico aplicable y de los efectos sobre la normativa de sociedades, sigue siendo un problema abierto sobre el que se vierten toda suerte de opiniones.

*Repercusiones sobre el Derecho societario*

Examinar todas las repercusiones que sobre el régimen de la sociedad anónima supone que ésta arrope a una empresa pública, es tarea difícil de hacer exhaustivamente, pero bastará con unas cuantas muestras para que nos demos cuenta de la necesidad de una respuesta legal, de unas peculiaridades normativas que se apliquen a este tipo de figura híbrida.

a) *La situación de los accionistas privados en las sociedades mixtas*

Su posición recuerda mucho a los llamados accionistas externos de una compañía dependiente dentro de un grupo de empresas, agravada aquí por la posible falta de ánimo de lucro de la sociedad. El carácter público de la empresa y el

ánimo de obtener un fin, no estrictamente económico, sino social o de servicio o impulso, puede producir un evidente perjuicio a los accionistas, que algunos autores, en Italia, han intentado justificar con la figura del negocio indirecto, bajo el aspecto de la persecución de un fin público a través de una organización de Derecho privado. Pero el negocio indirecto se justifica, para no convertirse en fraudulento o ilícito, en la subordinación a la licitud del fin ulterior que se pretende a través de la forma empleada. Y si es lícito utilizar la forma de sociedad anónima, no lo parece tanto el prescindir de los derechos del accionariado privado en una sociedad mixta.

La ley ecuatoriana, que es una de las pocas que dedica una sección al tema, me parece que no se refiere exactamente a este problema, porque no parece bastante el artículo 369 cuando habla de la necesidad de expresar, claramente, al formarse la compañía, la forma de distribuir las utilidades entre capital público y privado. Quizá por la vía de la remisión de las normas generales de la sociedad anónima, se haya encontrado la solución justa.

En mi opinión, la solución debería ser, o el reconocimiento de un derecho de garantía para esos accionistas, como unas acciones con dividendo fijo o preferente, o por la vía del derecho de separación con garantía de valoración actualizada de esas acciones. La libertad plena de la dirección pública, encierra unos riesgos que perturban la vida normal de la sociedad anónima.

Especial dificultad tiene un problema que se acaba de plantear en España, en el caso RUMASA. La nacionalización de sociedades privadas dependientes de un grupo, en el que se expropia el grupo o la sociedad-madre, y por derivación, las dependientes, en algunas de las cuales, RUMASA era socio minoritario. La situación de los accionistas externos que se ven expropiados, sin indemnización hasta que se cuál es la situación económica de la sociedad, lo que puede llevar años, no puede ser de mayor indefensión. Y la situación en que se encuentran si sus acciones no son expropiadas, es también realmente lamentable.

b) *La ausencia de ánimo de lucro de la sociedad anónima y la subordinación a otros fines*

En principio, parece que es esencial a la sociedad mercantil el espíritu de lucro, y es evidente que la empresa en la que participa el Estado u otro ente público, se justifica no por el beneficio, sino por la obtención de objetivos de interés general.

La empresa pública puede justificarse por restablecer situaciones de concurrencia donde hay un monopolio, tomar iniciativas en sectores en los que no se esperan beneficios de momento, crear industrias en zonas subdesarrolladas o en períodos de depresión, etc. Y es indudable que muchas de esas empresas adoptan la forma de sociedad anónima; el que en este caso no se acuda a la sociedad mixta, sino que todo el capital sea público no elimina el problema aunque lo reduzca.

Porque la pregunta, en este caso, es si no hay una incompatibilidad absoluta entre la forma elegida y el fin pretendido.

Para resolver este dilema, se han utilizado dos sistemas: el de los privatistas que piensan que la presencia de un ente público no cambia nada en la sociedad anónima y que lo salvan diciendo que el objetivo de la actividad económica es

la producción de riqueza, con lo que se excluyen las actividades sin resultados económicos, como la cultural, recreativa, etc., pero que la actividad económica o patrimonial no es sinónimo de actividad dirigida inmediatamente al lucro, y que hay sociedades privadas desprovistas de finalidad lucrativa.

Y la de los publicistas, que entienden que puede haber una sociedad anónima que esté dirigida a obtener un beneficio no valorable en dinero y que eso sucede en las sociedades-dependientes de un grupo. Y que lo mismo pasa con el interés público. Es un interés global al que se puede servir desde una empresa pública que no pretenda obtener un resultado económico valorado como beneficio de lucro, sino como beneficio general.

El problema es aún mayor, cuando la participación pública no estatalitaria; entonces surge la necesidad de un compromiso entre grupos heterogéneos de intereses que es lo que trata de salvar el art. 369 de la ley ecuatoriana, para lo cual habría que ver cuál es la conciliación posible de los fines públicos y de los intereses patrimoniales particulares, o qué procedimiento hay, o para salirse de la sociedad los particulares, o para adquirir los particulares la parte del Estado (situación que se contempla en el artículo 371 de su ley).

### c) *La organización y la designación de los órganos*

En principio, el sistema organizativo de una sociedad anónima con participación del Estado, es la normal de ese tipo de sociedad, ya que se aplican las normas del Derecho mercantil.

Prácticamente, toda empresa pública tiene un órgano deliberante en forma de Consejo de Administración, y unos administradores o directores como órgano ejecutivo. De éstos se discute si actúan por mandato imperativo o representativo, cuestión que creo que hay que resolver en forma distinta en las relaciones internas y exteriores de la empresa. En las primeras, puede haber casos de mandato imperativo, pero en sus relaciones con terceros, el mandato tiene que ser representativo, de acuerdo con los Estatutos y la legislación de cada Estado, de forma que los terceros que contratan queden protegidos plenamente por el carácter de sociedad anónima de la empresa. Otra solución acabaría con la seguridad del tráfico y el valor de la figura jurídica.

El problema no es, por tanto, qué órganos existen, sino cómo se reparten los poderes entre ellos, cómo se nombran sus componentes, y cuál es su campo de libertad de actuación.

Cuando se trata de una sociedad mixta, es evidente que los accionistas privados tendrán los derechos que les reconozca su legislación, o en forma expresa, como lo hace la legislación ecuatoriana, previendo la proporcionalidad y las funciones como en las sociedades anónimas normales, o en forma tácita, por aplicación de los derechos que correspondan a su participación.

Pero en cuanto a los representantes del sector público en una sociedad mixta, o a todos los órganos en una sociedad de participación total, no cabe duda que hay diferencias notables.

En la Junta General de una sociedad mixta, el accionariado público estará representado por una o varias personas, lo mismo que si el titular fuera otra sociedad o una persona jurídica. Pero en el caso de que todo el capital pertenezca a un Ente Público, lo que es muy frecuente, la Junta General deja de tener

sentido y se identifica Junta con propietario de la empresa, o lo que es lo mismo, la Junta se convierte en una ficción.

Los miembros del Consejo de Administración y los Directores, son nombrados por el poder ejecutivo, Ministro, Consejo de Ministros o Ente Público local o de otro tipo, y su dependencia de las órdenes recibidas es completa. Puede ser que la profesionalidad de esas personas logre una cierta independencia en su gestión, y para ello, en algunas legislaciones se establece un plazo fijo de ejercicio de la función, sin posibilidad de remoción por quien lo nombró, salvo por causas tasadas y graves. Pero lo cierto es que haría falta una regulación especial para el nombramiento de los órganos o representantes de la Administración, porque las normas de las sociedades anónimas no les son aplicables.

Es cierto que esas sociedades anónimas que amparan empresas públicas, han ido acentuando el carácter privado en una serie de aspectos: el personal se rige por las normas de derecho privado; los directores son profesionales privados; los contratos de la empresa con terceros, se alejan de la contratación administrativa. Pero no es menos cierto, que los puestos directivos cambian con el cambio político, como acabamos de ver en enorme proporción en España; se utilizan esos puestos para pagar servicios políticos; y se cambian las orientaciones a las sociedades y se renuevan totalmente los Consejo y órganos de la sociedad. No deja de existir una orientación política a través del Estado o del Ente Público del que depende.

Otra variante es la alteración real de la relación entre los órganos, en cuanto al reparto de poderes. Si en las grandes sociedades ya domina la Dirección sobre la Junta, en las que ahora tratamos esto se produce por identificación de los Directores que han recibido la orientación con el representante —político o administrativo— del Ente Público, titular de las acciones.

Por otra parte, es frecuente que el Presidente o el Gerente o Director, tenga unos poderes que se superpongan a los de los órganos colectivos —Junta o Consejo— en cuanto que su poder, de hecho, le viene de la confianza del órgano político decisorio, y no son raros los casos de Consejos de Administración casi ornamentales, o consultivos al lado del Ejecutivo y subordinados a éste (caso de la Regie Renault o de Iberia). De hecho, en general, en estas sociedades se ha alterado la jerarquía clásica en el sentido de que la preeminencia corresponde a los ejecutivos sobre los órganos colegiados de control, dirección o vigilancia, incluso en sociedades mixtas con minoría política, pero con un enorme accionariado privado disperso (como el de la Compañía Telefónica Nacional de España).

#### d) Régimen fiscal especial

La norma general aplicable es la de igual trato fiscal que a las sociedades privadas, ya que, si no, se produce un elemento de competencia ilícita que difícilmente podría ser soportado por aquéllas. Pero las excepciones son tan frecuentes que, a veces, se convierten en regla general. Unas veces, por vía de exención o bonificación expresa (lo cual sólo es justificable cuando la actividad se preste en régimen de monopolio); y otras veces, por devolución, por vía de subvenciones o por aumento de la dotación presupuestaria para inversiones o para cubrir déficit de explotación (caso de la Trasmediterránea española).



e) *Otras peculiaridades de estas sociedades*

Sin ánimo exhaustivo, es frecuente que se produzcan situaciones que cuadran mal con la estructura de la sociedad anónima y que se explican mejor por la preponderancia del poder público. Citemos como ejemplos:

- Aprobación de los Estatutos de constitución o de las modificaciones de ellos por un órgano público.

- Limitaciones especiales a la transferencia de acciones o al derecho de suscripción preferente de los accionistas privados en los aumentos de capital.

- Competencia de los órganos del Estado para designar a los administradores; imposibilidad de ser removidos por la Junta o por el Consejo; derecho de veto de esos administradores respecto de determinados acuerdos; asunción de operaciones a pérdidas por razones públicas coyunturales; régimen de remuneración o prestación de trabajo de los operarios de distintas características de las otras sociedades, etc.

No discutimos la legitimidad y la existencia de la empresa pública; lo que pensamos, es que cuando adoptan la forma de sociedad anónima habría que tomar unas precauciones especiales para asegurar el equilibrio económico y el respeto a los derechos de socios y acreedores de la sociedad, y las consecuencias sobre otras actividades que no gozan de la protección pública y actúan en sus mismas áreas, garantizando el legislador los mínimos de igualdad necesarios para que no sufra la justicia.

Todo ello exige una previsión de esta situación y la adaptación del Derecho de sociedades a este supuesto, cada día más frecuente en todos los países del mundo. Si no es así, en vez de mejorar la gestión de las empresas públicas por la utilización de la forma de sociedad anónima, lo que vamos a conseguir es empeorar la situación de las sociedades anónimas privadas o expulsarlas de alguno de los campos en los que se va haciendo presente el Estado, con lo que conseguiríamos, exactamente, el objetivo distinto al perseguido al entrar el Estado: no mejorar la gestión de la empresa pública por la competencia con la privada, sino sustituir ésta por aquélla, sin competencia, y, además, sin el control de las empresas públicas, sometidas al Derecho administrativo.

Es cierto que la riqueza y utilidad de la sociedad anónima es tan grande que no se puede prohibir su utilización, pero no lo es menos que para que se mantenga es preciso que el Derecho tenga la suficiente flexibilidad como para dar respuesta y mantener la robustez y el equilibrio de la fórmula ante los múltiples usos de que es objeto.

Si no reaccionan los estudiosos y los legisladores y no se mantiene el Derecho de sociedades al día, corremos el riesgo que prevalezca la duda de si realmente estamos ante verdaderas sociedades anónimas o más bien ante una vestidura formal de sociedad anónima que encubre la insuficiencia de una creación efectiva de formas jurídicas adecuadas que subsuman las empresas públicas, los grupos de sociedades, o las actividades económicas de ámbito internacional.

No sé si la sociedad anónima es necesariamente una sociedad mercantil, pero hasta ahora ha sido eso por excelencia. Cabría preguntarse si conviene que lo siga siendo, o si es sólo eso. Alguien ya se ha preguntado si no estamos convirtiendo la anónima en una forma neutra, susceptible de ser usada para cualquier finalidad, si no estamos yendo hacia una institucionalización progresiva de la

sociedad anónima sencillamente como una forma de organización susceptible de servir a fines o empresas de distinto signo, si es un puro instrumento económico al servicio de una pluralidad de fines.

La idea no es destructiva, como puede parecer a simple vista, porque de hecho la organización de la sociedad anónima ha penetrado la economía privada, la gran y pequeña empresa, la empresa pública, las asociaciones sin ánimo de lucro, culturales o benéficas, y hasta las Fundaciones. Pero puede poner en riesgo el papel de la sociedad anónima en el Derecho mercantil.

## VII.—CONCLUSION

Creo que a lo largo de esta conferencia se ha visto la necesidad de actualizar el Derecho de sociedades y he querido señalar no todas las situaciones sino las más graves, de las que provocan esa necesidad. Si ha quedado algo claro es que todos esos problemas se plantean casi siempre en la sociedad anónima y en el ámbito de las grandes empresas y que eso debe hacer que las modificaciones no se olviden del tamaño de las sociedades; que la legislación sirva para todas.

Sigo creyendo en la virtualidad del derecho societario, y de la estructura técnica de la sociedad anónima, y de su utilización en el mundo económico y mercantil. Pero para ello es preciso que se vaya haciendo día a día una regulación plural de las sociedades, especialmente de la anónima, acorde con la utilización que se haga de ella, de manera que su normativa básica, actualizada con criterios técnico-jurídicos y prácticos, se complete con una serie de normas que prevean los los distintos fenómenos que se producen por su relación con la empresa como institución, con el mercado mundial, con la relación y con los poderes públicos, o con las nuevas formas de acumulación de capitales o de esfuerzos.

Y creo finalmente que en un momento en el que la economía influye tanto en el bienestar y en la calidad de vida de los ciudadanos, los juristas y los legisladores tenemos la grave responsabilidad de hacer que el derecho societario, sirviendo a la Justicia, se ponga a la altura de los tiempos para permitir, con sus fórmulas, el mejor desarrollo de las iniciativas y empresas capaces de crear riqueza y trabajo. Después de éstas habrá que distribuirlas bien, pero hay que confiar en el espíritu emprendedor del hombre y darle los medios, porque de la burocracia, el inmovilismo y la negación de la libertad creadora no se puede esperar más que la pobreza y la tristeza y como consecuencia la resignación o el miedo, y de la capacidad del hombre y del ingenio de sus soluciones jurídicas, la mejora de sus posibilidades.

## BIBLIOGRAFIA

- ALONSO LEDESMA, Carmen, *Las empresas multinacionales*, R. Derecho Mercantil, 1981, pág. 693.
- BUONOCUORE, Vincenzo, *Las sociedades con participación del Estado: reseña de la doctrina italiana*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1970.
- CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la, *Estudios de Derecho Mercantil*. Centro de Estudios Tributarios, Madrid 1972.
- COTTINO, Gastone, *Participación pública en la empresa privada e interés social*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.

- CREMADES, B., *Empresas multinacionales y Derecho español*. Confederación de las C. de Ahorros, Madrid 1977.
- EMBIID IRUJO, José Miguel, *Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de Sociedades Anónimas*. R. Derecho Mercantil 1977, pág. 461.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas*. Ed. Civitas, Madrid 1982.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, *El control de las empresas multinacionales*. Tecnos, Madrid 1983.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *La empresa pública en el Derecho español*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- GIANNINI, M. Severo, *Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza 1970.
- GIRÓN TENA y otros, *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*. Fac. de Derecho de la U. Complutense, Madrid 1978.
- GOLDMAN, Berthold, *Droit commercial européen*. Dalloz, París 1983, 4.<sup>a</sup> ed.
- GRAZZIANI, Alessandro, *Diritto delle Società*. Ed. Morano, Nápoles 1962, 5.<sup>a</sup> ed.
- GRISOLI, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*. Ed. RDP, Madrid 1976.
- I. S. L. E., *La società commerciali nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*. Ed. Giuffrè, Milán 1970.
- LESSONA, Silvio, *Líneas generales sobre la empresa pública*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- MENÉNDEZ, Aurelio, *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*. Cuadernos Civitas. Ed. Rev. de Occidente, 1974.
- MINERVINI, Gustavo y otros, *Il Diritto delle Società nella Comunità Economica Europea*. Ed. Cedam, Padua 1975.
- PÉREZ ESCOLAR, Rafael, *La sociedad anónima europea*. Ed. Montecorvo, Madrid 1972.
- PUELLES PÉREZ, J. A., *Multinacionales*. Ed. Indes, Madrid 1978.
- XXII S emana de Derecho Financiero*. Ed. D. Financiero, Madrid 1974
- SIMÓ SANTONJA, Vicente L., *Las nuevas potestades económicas*. Ed. Tecnos, Madrid 1976.
- TRIGO CHACÓN, Manuel, *La empresa multinacional*. Ed. Nacional, Madrid 1973.
- VENEZIA, J. C., *Las empresas públicas en Francia*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.
- VOGEL, Klaus, *Las empresas públicas en la República Federal Alemana*. La Empresa Pública. Studia Albornotiana, Zaragoza 1970.

# Información Legislativa

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte general*

1. DERECHO FORAL. Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Decreto legislativo de la Generalidad de Cataluña 1/1984, de 19 de julio («Diario Oficial» de 27 de julio).

La Ley de la Generalidad 13/1984, de 20 de marzo, realizó una importante modificación de la Compilación Catalana de 1960, principalmente para adaptar su contenido a los principios constitucionales (véase su reseña en este ANUARIO, XXXVII-III, disposición núm. 2 de la Información legislativa).

La presente disposición aprueba el Texto refundido de la Compilación, haciendo uso de la autorización conferida por la disposición adicional de la Ley de reforma.

El nuevo texto, a diferencia de la Ley 13/1984, no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado, a pesar de su rango. Precisamente el tema de la publicación en este Boletín de las normas autonómicas emanadas de sus ejecutivos carece de una regulación concreta en los Estatutos de Autonomía, a pesar de su indudable trascendencia (por ejemplo, respecto a Cataluña véanse los artículos 33 p. 2 y 37 p. 4 de su Estatuto).

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. Sanción penal para la colocación ilegal de escuchas telefónicas.

Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre («B. O. E.» del 24).

La presente Ley trata de completar el régimen de protección de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, proclamados por el artículo 18 de la Constitución. Para ello tipifica como delito la utilización ilícita de escuchas telefónicas, distinguiendo dos supuestos:

1) Delito cometido por autoridades o funcionarios públicos que, sin autorización judicial, interceptaren comunicaciones telefónicas o utilizaren artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido.

Se sanciona con arresto mayor e inhabilitación absoluta, y, si se divulgan los datos obtenidos, con la pena superior en grado (art. 192 bis, Código penal).

2) Delitos de quien, para descubrir los secretos o intimidad de otro y obrando sin su consentimiento, realizare los mismos actos indicados.

La sanción asignada es arresto mayor y multa, imponiéndose en su grado máximo si se produce divulgación (art. 497 bis).

La sanción penal de estas conductas supone reforzar los medios de defensa regulados por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que ya preveía la posible calificación como delito de las intromisiones ilegítimas en estos derechos (véase su reseña en este ANUARIO, XXXV-III, disposición núm. 3 de la Información legislativa).

### 3. OBJECION DE CONCIENCIA. Regulación de su ejercicio.

Ley 48/1984, de 26 de diciembre y Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 28).

La Ley 48/1984 regula el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sus efectos y los organismos constituidos para darle efectividad, mientras que la Ley Orgánica 8/1984 se limita a completar el régimen con los recursos utilizables en la materia y sancionando penalmente el incumplimiento de la prestación social sustitutoria.

Son objetores de conciencia los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia fundados en convicciones religiosas, éticas, morales, humanitarias, filosóficas u otras, sean así reconocidos, quedando exentos del servicio militar pero obligados a realizar una prestación social sustitutoria.

El derecho podrá ejercitarse desde la incorporación al servicio militar y finalizado éste, mientras dure la situación de reserva.

Será competente para resolver las solicitudes de declaración de objeción de conciencia el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, órgano de nueva creación, presidido por un Magistrado e integrado por representantes de la Administración del Estado y por un objetor de conciencia. El Consejo no podrá entrar a valorar las doctrinas alegadas por el solicitante como fundamento de la objeción y deberá resolver las resoluciones en el plazo de seis meses (con silencio positivo).

Las resoluciones del Consejo serán recurribles por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y mediante el recurso de amparo ulterior ante el Tribunal Constitucional.

La prestación social sustitutoria que habrán de desarrollar los objetores consistirá en actividades de utilidad pública, preferentemente en entidades dependientes de las Administraciones Públicas. Su duración será de quince años, aunque la situación de actividad sólo comprenderá un tiempo equivalente al del servicio militar, que no será inferior a 18 meses ni superior a 24. La situación de reserva se extenderá hasta el 1 de enero del año en que el objetor cumpla los treinta y cuatro años.

Los objetores, mientras desarrollen la citada prestación, gozarán de los mismos beneficios que los incorporados al servicio militar, especialmente la reserva del puesto de trabajo.

El incumplimiento o las irregularidades en el ejercicio de la prestación sustitutoria determinará la imposición de las sanciones administrativas que determina la Ley. En especial, el rehúse, la falta de presentación y las ausencias prolongadas e injustificadas a la prestación social sustitutoria se tipifican como delito, sancionable con la pena de prisión menor en su grado mínimo.

Las disposiciones transitorias de la Ley regulan con detalle las diversas situaciones en que pueden encontrarse los objetores que ejercieron su derecho con anterioridad a la misma.

## 2. Derecho de obligaciones

4. CONDICIONES GENERALES. Régimen de aprobación de las empleadas por las Sociedades de Garantía Recíproca.

Orden de 28 de noviembre de 1984 («B. O. E.», del 6 de diciembre).

Las Sociedades de Garantía Recíproca, reguladas principalmente por el Real Decreto 1.885/1978, de 26 de julio, han de someter a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, para su aprobación, los modelos de contratos y condiciones generales de las operaciones de garantía que realizan, antes de su utilización.

Esta regla se sujeta a dos preceptos que flexibilizan su aplicación:

1.º Se entenderá aprobada la propuesta si la Dirección General citada no formula objeciones en el plazo de un mes (silencio positivo).

2.º No será necesaria la aprobación previa cuando la entidad utilice los modelos proporcionados por la propia Dirección General.

El empleo de modelos o condiciones no aprobadas determina para la entidad correspondiente la pérdida de los beneficios propios de las Sociedades de Garantía Recíproca.

## 3. Derechos reales

5. DERECHO DE PROPIEDAD. Se regula la reversión de bienes y derechos incautados.

Ley del Parlamento Vasco 2/1984, de 30 de octubre («B. O. E.» de 22 de noviembre).

Según el artículo 1 de la Ley, se aplicará para la reversión gratuita a sus antiguos titulares o sus causahabientes de los bienes y derechos patrimoniales de que hubiesen sido desposeídos a consecuencia de su ideología política o social después del 18 de julio de 1936 y al amparo de la normativa de excepción que surgió tras la guerra civil.

Por el objeto de la reversión, se establecen dos limitaciones:

1.ª Será necesario que los bienes o derechos a revertir hayan sido transferidos a la Comunidad Autónoma del País Vasco con título que permita su cesión a terceros (en cuanto a las transferencias de bienes del Estado y su régimen jurídico, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 58/1982, de 27 de julio y 85/1984, de 26 de julio).

2.ª No serán reversibles los derechos personales, incluidos los derechos pasivos o del régimen de la Seguridad Social.

La reversión deberá ser instada por los interesados del Gobierno Vasco dentro del plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor del Reglamento de esta Ley.

El oportuno expediente se tramitará en la forma dispuesta por la Ley, que

también regula las consecuencias de las mejoras o inversiones realizadas en los bienes a revertir y el régimen concreto de las entregas de los bienes.

Corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las controversias que se susciten para la aplicación de la Ley. Si surgieran contiendas en materias de derecho privado entre particulares que afecten a la resolución del expediente, se podrá suspender, hasta su resolución por la jurisdicción competente.

#### 6. CANTABRIA. Protección y fomento de las especies forestales autóctonas.

Ley de la Asamblea Regional de Cantabria de 29 de octubre de 1984 («Boletín Oficial del Estado» del 1 de diciembre).

La presente Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria establece una serie de instrumentos tendentes a conservar y fomentar el desarrollo de las especies forestales propias de la región y de los árboles notables que existen en su territorio.

Las medidas protectoras son muy variadas:

- 1) Creación de un Registro de Masas Forestales.
- 2) Aprobación de programas de ordenación y aprovechamiento de los recursos en cada monte catalogado de utilidad pública.
- 3) Exigencia de autorización para la realización de quemas controladas de matorral.
- 4) Obligación de todo propietario de repoblar con especies autóctonas las zonas ocupadas por éstas que haya cortado a hecho o aclarado intensivamente.
- 5) Configuración de áreas de protección especial, donde podrá llegarse a suspender los aprovechamientos y el pastoreo. En estos casos el propietario deberá recibir una compensación económica.
- 6) Creación del Inventario de Árboles Singulares, los cuales no podrán alterarse sin autorización.
- 7) Fomento de la expansión de las especies autóctonas mediante una política de viveros y apoyando su regeneración.
- 8) Las infracciones al régimen establecido serán sancionadas conforme se establezca en el oportuno reglamento.

La presente Ley vuelve a poner de manifiesto la constante delimitación del Derecho de propiedad que se realiza por normas administrativas, en el presente caso dictadas por una Comunidad Autónoma.

Para ello la Comunidad de Cantabria ejerce sus competencias sobre agricultura, ganadería, caza, montes, aprovechamiento y servicios forestales y pastos (arts. 22 p. 7 y 23 p. 1 de su Estatuto de Autonomía).

Así, desde el punto de vista competencial la Ley no parece suscitar dificultades; ni siquiera por afectar al estatuto del propietario, sujeto al ejercicio de las potestades administrativas sectoriales.

Sin embargo, en relación con el régimen sancionatorio, la Ley resulta insuficiente, pues la deslegalización que realiza no satisface las mínimas exigencias de tipificación legal de las infracciones y sanciones (art. 25 p. 1 de la Constitución).

## II. DERECHO REGISTRAL

7. REGISTRO CIVIL. Se regulan algunos aspectos de la tramitación de los expedientes de fe de vida y estado.

Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1984 («B. O. E.» del 21).

Los artículos 363 y 364 del Reglamento del Registro Civil de 1958 regulan los medios para acreditar la vida y el estado civil de las personas, así como el expediente de fe de vida, soltería o viudez.

La presente circular, completando el régimen vigente, señala:

1.º Que el estado de divorciado debe asimilarse, a estos efectos, al de viudez, procediendo extender al mismo las reglas contenidas en los preceptos citados.

2.º Que los expedientes registrales de fe de vida o estado no son únicos medios de prueba utilizables, ni siquiera los preferentes, como dispone el propio reglamento.

3.º Que en la tramitación de tales expedientes no es necesaria la intervención de autoridades municipales.

## III. DERECHO MERCANTIL

8. INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA. Regulación.

Ley 46/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 27).

A) Exposición:

1) Generalidades:

Concepto de Instituciones de Inversión Colectiva: Son aquéllas destinadas a captar públicamente fondos, bienes o derechos para gestionarlos, de modo que el inversor obtenga un rendimiento por su participación en los resultados colectivos mediante fórmulas jurídicas distintas del contrato de sociedad. No tendrán esta consideración las instituciones financieras sujetas a una regulación especial.

Clasificación: Las Instituciones de Inversión Colectiva serán:

a) De carácter financiero, cuando inviertan o gestionen activos de esta clase (dinero, valores mobiliarios u otros valores mercantiles).

b) De carácter no financiero, cuando operen con otros activos.

2) Instituciones de carácter financiero:

a) Reglas generales. Se refieren a diversos aspectos de estas instituciones:

— Domicilio, en territorio español.

— Limitaciones porcentuales de su participación, mediante inversiones, en títulos emitidos por otra Institución de Inversión Colectiva, en títulos de una misma entidad o en los emitidos por sociedades de un mismo grupo (se definen, a este efecto, los grupos de sociedades).

— Publicidad de las participaciones significativas en el capital o patrimonio de la Institución o en el capital de una Sociedad gestora. La infracción de esta obligación acarrea la aceptación forzosa por el socio de las ofertas de compra de acciones que le formule cualquier otro socio hasta tres meses después de la publicación.



— Prohibición de negociar sus inversiones financieras o activos con quienes tengan encomendadas funciones de administración o gestión de las instituciones, a no ser en mercados abiertos.

— Obligación de operar en mercados organizados abiertos.

— Intervención administrativa mediante autorización previa a su constitución, autorización para operar, después de realizada la inscripción en el Registro Mercantil e inscripción en el Registro Administrativo especial.

— Publicidad de la situación de las Instituciones, con la emisión de un folleto actualizado, memorias anuales e informes trimestrales.

— Exclusividad de las denominaciones de las Instituciones de Inversión Colectiva inscritas.

b) Reglas específicas, para cada clase de Institución, distinguiéndose:

#### 1. Sociedades de Inversión Mobiliaria:

Son Sociedades Anónimas cuyo objeto exclusivo es la tenencia, administración y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros, compensando los riesgos y tipos de rendimientos, sin tener participación mayoritaria en otras sociedades.

La Ley les impone un capital desembolsado mínimo (200 millones de pesetas) integrado por aportaciones dotadas de la suficiente liquidez y garantía, así como un mínimo de accionistas.

Por lo menos el 90 por 100 del activo de estas sociedades deberá estar invertido en valores cotizables oficialmente o en activos financieros negociados en mercados, de forma que tengan liquidez.

Las obligaciones de la sociedad frente a terceros no podrán superar el 20 por 100 de su activo.

Una de las principales innovaciones de esta Ley consiste en la regulación de las Sociedades de Inversión Mobiliaria de capital variable. Para ello determina el régimen de las de capital fijo, especialmente su forma de gestión, una Comisión de Control de Gestión y Auditoría como órgano social necesario, y ciertas normas de su contabilidad.

Las sociedades de capital variable se caracterizan porque el capital de sus acciones en circulación puede variar, con la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones. El capital máximo previsto no podrá superar en más de diez veces al mínimo, que coincide con el señalado para las sociedades de capital fijo. Las acciones no suscritas se mantendrán en cartera y los socios carecerán del derecho de suscripción preferente.

La sociedad comprará o venderá sus acciones, siendo obligatoria su intervención cuando la cotización oficial de las mismas difiera de su valor teórico en más del 5 por 100 de éste. En tal caso podrán ponerse en circulación nuevas acciones a precio inferior a su nominal.

El accionista tiene garantizada la liquidez de sus acciones, incluso si se excluyen de la cotización bursátil, por la propia sociedad.

#### 2. Fondos de Inversión Mobiliaria:

Son patrimonios colectivos cuya titularidad se representa mediante certificados de participación, administrados por una Sociedad Gestora con el concurso de un Depositario, para negociar valores mobiliarios y otros activos financieros con el fin de obtener una rentabilidad.

El patrimonio formado deberá superar los 500 millones de pesetas, con un mínimo de partícipes igual al señalado para las Sociedades.

También el régimen indicado de inversiones obligatorias y limitación de obligaciones frente a terceros es aplicable a los Fondos.

El Fondo se constituirá mediante escritura pública, inscribiéndose luego en el Registro Mercantil y en el Administrativo Especial. La Sociedad Gestora y el Depositario, que serán otorgantes de la escritura, podrán ser autorizados para realizar la captación pública de recursos con anterioridad.

Las participaciones en el Fondo, de iguales características, podrán representarse en certificados nominativos sin valor nominal, y su número no estará limitado. Serán emitidos en forma individualizada o mediante oferta pública y reembolsados por el mismo Fondo. Para estas operaciones no será precisa la intervención de fedatario público.

Para la distribución de los resultados no podrá tenerse en cuenta las plusvalías no realizadas. Podrán sin embargo, entregarse gratuitamente participaciones en el Fondo.

El Fondo podrá disolverse, por acuerdo entre la Sociedad Gestora y el Depositario.

### 3. Fondos de Inversión en Activos del Mercado monetario:

Son patrimonios colectivos iguales a los F. I. M., pero caracterizados por operar exclusivamente con activos financieros a corto plazo del mercado monetario y con las inversiones de renta fija que la ley precisa (Deuda del Estado, del Tesoro, de las Comunidades Autónomas y activos emitidos por el Banco de España).

Diariamente se fijará el valor del Fondo y de las participaciones y se devengará la comisión de gestión.

#### c) Sociedades Gestoras y Depositarios:

Los Gestores habrán de ser Sociedades Anónimas destinadas exclusivamente a esta actividad que cumplan los requisitos mínimos de capital y organización establecidos, o Sociedades Instrumentales de Agentes mediadores.

Podrán ser Depositarios las Entidades financieras, Colegios de Agentes mediadores y las Sociedades Instrumentales de éstos, sin que puedan simultanearse las funciones de Gestor.

En caso de sustitución de Sociedad Gestora o Depositaria del Fondo los partícipes tendrán derecho a separarse o exigir el reintegro.

#### d) Verificación contable:

Las Instituciones de Inversión Colectiva se someterán anualmente a una comprobación realizada por expertos independientes y sometidos a un régimen especial de control que establecerá el Gobierno.

#### e) Régimen sancionador:

La infracción al régimen legal se califica como leve, grave (cuando ponga en peligro o lesione gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros) y muy grave (cuando la lesión merezca este calificativo o se llegue a desvirtuar el objeto de las Instituciones).

Se prevén las sanciones a imponer por el Director General del Tesoro y Política Financiera, el Ministro de Economía y Hacienda y el Consejo de Minis-

tros, que pueden llegar a la exclusión de los registros especiales, el ingreso de los beneficios fiscales disfrutados y multa del 50 por 100 de la infracción o 25 millones de pesetas.

### 3) Instituciones no financieras:

La Ley se limita a remitirlas, sin tipificarlas previamente, las reglas establecidas para las Instituciones de carácter financiero, en cuanto se adecúen a las características de cada entidad.

### 4) Régimen fiscal de las Sociedades y Fondos de Inversión:

La Ley regula con detalle este aspecto, que en España ha constituido la razón básica para la regulación especial de estas Instituciones.

#### a) Sociedades:

Cuando sus acciones no estén admitidas a cotización oficial en Bolsa, tributarán por el Impuesto de Sociedades conforme a la legislación vigente.

Las que tengan sus acciones cotizadas oficialmente quedan sometidas a un régimen tributario sobre la renta especial, con tipo reducido (13 por 100), derecho a deducciones y tributación de las plusvalías con aplicación de las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, los actos societarios de sociedades de capital fijo y acciones admitidas a cotización, gozarán de una reducción en la base del 95 por 100.

#### b) Fondos:

Además del régimen anterior, se dictan reglas especiales para los reembolsos y transmisiones de participaciones.

La constitución, transformación y modificación de Fondos y de Sociedades de Capital Variable gozarán de exención en el Impuesto de Transmisiones.

### 5) Otras regulaciones contenidas en la Ley:

#### a) Sociedades Gestoras de Patrimonios:

Se permite el acceso a un Registro administrativo especial de las entidades destinadas a la gestión de carteras, asesoramiento financiero e intermediación de emisiones.

La inscripción somete a las entidades a un régimen especial de publicidad de sus socios, actividad y situación económico-financiera, a cambio de la utilización pública de su calificación como S.G.P.

#### b) Operaciones de captación pública de fondos:

Las apelaciones generales al ahorro por cualquier persona se someten a requisitos previos, salvo que sea aplicable un régimen especial. Tales requisitos son: verificación de estados financieros, difusión de información y autorización de la publicidad por el Ministerio de Economía y Hacienda. El incumplimiento se sancionará administrativamente.

#### c) Aplicación de la Ley:

La Ley entró en vigor el día de su publicación, derogando la anterior Ley de 26 de diciembre de 1958 y los artículos del Decreto-ley de 30 de abril de 1964 que regulaban las Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria. El nuevo régimen fiscal será efectivo a partir del 1 de enero de 1985.

Las modificaciones que deban realizar las sociedades gestoras para ajustarse a esta Ley quedarán exentas de cualquier tributo que las afecte.

B) Observaciones:

La reforma del régimen de las Instituciones de Inversión Colectiva, que entrañaba la introducción de nuevas figuras, se anunció ya en la Ley reguladora del Impuesto de Sociedades de 1978. Desde entonces la necesidad de la nueva normativa no ha hecho más que acrecentarse.

La nueva Ley completa de forma sustancial el panorama de modalidades de Instituciones que pueden funcionar en el sistema financiero español, tipificando los fondos de activos cuasimonetarios que parecen llamados a tener gran aceptación, por lo menos mientras se mantenga la situación actual en el mercado de valores.

Indudablemente el futuro de estas instituciones viene condicionado por su posibilidad de ofrecer resultados al inversor superiores a su actuación individual, lo cual depende principalmente del tratamiento fiscal, de los costes de intermediación y de los productos obtenidos en el mercado.

El régimen fiscal de la Ley no llega a suponer la exclusión de las Sociedades y Fondos del Impuesto sobre Sociedades, sino que les dispensa un trato especial, ligado, para las Sociedades a su sometimiento al peculiar «status» aplicable por la cotización bursátil de sus acciones.

Finalmente cabe destacar la regulación por la Ley de los temas financieros, pero ajenos a las Instituciones de Inversión Colectiva, como son la gestión de patrimonios y las apelaciones generales al ahorro. No se incluye, sin embargo, referencia alguna a los Fondos de Pensiones, regulados en el primer Proyecto remitido a las Cortes, que serán, según se ha repetido, objeto de una ley específica.

V. Otras disposiciones

9. RECAUDACION DE TRIBUTOS. Se modifica el régimen de pago de los tributos con cheques y talones.

Real Decreto 1.824/1984, de 4 de julio («B. O. E.» del 12 de octubre).

Se modifican los requisitos que deben reunir los cheques y talones bancarios para el pago de tributos, que pasan a ser los siguientes; además de los generales exigidos por la legislación mercantil:

- 1) Nominativos al Tesoro Público y cruzados al Banco de España o entidad en que el órgano recaudador tenga su cuenta.
- 2) Por importe igual a las deudas tributarias que se satisfagan.
- 3) Librados contra entidades de crédito situadas en el territorio nacional.
- 4) Fechados el mismo día o en los dos anteriores a su entrega.
- 5) Certificadas o conformadas por la entidad librada.

10. INDUSTRIAS. Se desarrollan algunos aspectos de la Ley sobre reconversión y reindustrialización.

Reales Decretos 1.990/1984, de 17 de octubre y 2.001/1984, de 24 de octubre («B. O. E.» de los días 9 y 12 de noviembre).

De las medidas reguladas por la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconver-

sión y reindustrialización, estos Reales Decretos desarrollan el régimen de las medidas financieras y de las laborales (véase la reseña de la Ley, en este ANUARIO, XXXVII-IV, disposición 14 de la Información legislativa). El Real Decreto 1.990/1984 se refiere a las siguientes medidas de índole laboral: Ampliación extraordinaria de las prestaciones por desempleo, ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, y cotización adicional a la Seguridad Social.

Por su parte el Real Decreto 2.001/1984 establece el procedimiento para el acceso de las empresas al crédito oficial, distinguiendo los créditos ordinarios y los participativos que concede el Banco de Crédito Industrial, de los avales otorgados por cualquier entidad oficial de crédito.

Además se permite el cumplimiento del coeficiente de inversión de la Banca con las aportaciones financieras a empresas en reconversión formalizadas como créditos participativos o con la suscripción de las cédulas que emita el Banco de Crédito Industrial.

11. CONTRATOS DE TRABAJO. Desarrollo de la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

Reales Decretos 1.989, 1.991 y 1.992/1984, de 17 y 31 de octubre de 1984 («B. O. E.» del 9 de noviembre).

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, modificó varios extremos del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), con la finalidad de fomentar la creación de puestos de trabajo.

Los presentes Reales Decretos desarrollan el nuevo régimen legal regulando las formas de contratación laboral afectadas por la reforma, que son:

- 1) Contratación temporal.
- 2) Contratos a tiempo parcial.
- 3) Contratos de relevo.
- 4) Contrato en prácticas y
- 5) Contrato para la formación.

También se desarrolla la jubilación parcial, medida complementaria del contrato de relevo (véase la reseña de la Ley 32/1984 en este ANUARIO, XXXVII-IV, disposición núm. 17 de la Información legislativa).

12. CONTRATOS DE TRABAJO. Desarrollo de la Ley 32/1984, de 2 de agosto.

Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre («B. O. E.» del 23).

Continuando con el desarrollo del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto resultó afectado por la Ley 32/1984, el presente Real Decreto regula las siguientes modalidades contractuales:

1) Contratos de duración determinada, entre los que se incluyen aquellos que tienen por objeto una obra o servicio determinados, los eventuales por circunstancias de la producción, los contratos de interinidad y los fundados en el lanzamiento de nueva actividad.

2) Contratos para el desarrollo de trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo.

En cualquier caso, los trabajos celebrados con anterioridad a la entrada en

vigor de la presente disposición seguirán rigiéndose por las disposiciones vigentes al tiempo de su celebración.

13. **FUNCIONARIOS PUBLICOS.** Se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado.

Real Decreto 2.223/1984, de 19 de diciembre («B. O. E.» del 21).

Este nuevo Reglamento, que deroga al anterior, de 27 de junio de 1968, se dicta en desarrollo de la Ley de Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984. Será aplicable al personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos, al personal civil de la Administración Militar y al de la Administración de la Seguridad Social, excluyendo las disposiciones específicas sobre la materia contenidas en los Reglamentos de los Cuerpos y Escalas de funcionarios. Además, para el personal al servicio de las Administraciones Públicas no incluido en el ámbito señalado, será aplicable supletoriamente.

El Reglamento mantiene la primacía del sistema de oposición y establece un procedimiento general para las pruebas de acceso, sin perjuicio de reconocer la tradicional primacía de las bases de cada convocatoria.

El procedimiento selectivo, previa la publicación de la oferta de empleo pública, se iniciará con las convocatorias, a realizar en el primer trimestre de cada año; las restantes fases del mismo coinciden sustancialmente con las previstas en el régimen derogado. Se contempla la posibilidad de realizar cursos de formación o períodos de prácticas.

Es innovadora la celebración de un sorteo general del orden de actuación en todas las pruebas, previamente a la realización de las convocatorias y para todas las que se celebren durante el año.

El Reglamento se refiere, finalmente, a la selección del personal laboral, por el sistema normal de concurso, y del personal no permanente.

La regulación contenida en el nuevo Reglamento peca de excesivas pretensiones uniformadoras que chocan con las peculiaridades de ciertos procesos de selección. Su punto de referencia está constituido, obviamente, por la selección del personal de Cuerpos o Escalas más amplios pero sujetos a pruebas de escasa complejidad. Por ello se acomoda mal a la selección de personal mediante pruebas dilatadas, de ejercicios sucesivos y dispares en su contenido.

14. **ENERGIA ELECTRICA.** Explotación unificada del sistema eléctrico nacional.

Ley 49/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 29).

El sistema eléctrico se ha venido explotando en España en forma zonal por las diferentes empresas suministradoras. Para superar los criterios individuales, propios de tal forma de funcionamiento, esta Ley establece una explotación unificada a través de las redes de alta tensión, que se configura como servicio público de titularidad estatal.

La adquisición por el Estado de cuantos elementos integran actualmente el sistema que se unifica se podrá realizar mediante expropiación forzosa, al declararse la actividad pública del servicio. Este abarca, en general, la explotación y mantenimiento de la red nacional de 220 KV y tensiones superiores y la coordinación y control de todos los demás elementos del sistema eléctrico.

Para el cumplimiento de las funciones indicadas se crea una Sociedad Estatal gestora, que integrará en su patrimonio los bienes y derechos precisos. Una Delegación del Gobierno ejercerá ante el sector eléctrico las funciones necesarias para garantizar el debido funcionamiento del sistema.

Se configura un régimen fiscal de excepción para todas las actuaciones que desarrolle dicha Sociedad estatal y para las entidades transmitentes de los bienes que vayan a integrar su patrimonio.

Además, en una disposición adicional del texto legal se regula confusamente el régimen fiscal de las operaciones de intercambio de activos que lleven a cabo las empresas eléctricas para racionalizar su actividad, con arreglo a las directrices del Ministerio de Industria y Energía. Obviamente la inclusión de este régimen en la Ley se debe a razones de oportunidad, pues no forma parte de la llamada «nacionalización de la red de alta tensión» que es objeto de la misma.

15. CONTRATOS DE TRABAJO. Se fija el salario mínimo interprofesional para el año 1985.

Real Decreto 2.299/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 29).

Los salarios mínimos quedan fijados en las cuantías siguientes:

- 1) Trabajadores desde 18 años: 1.239 ptas./día o 37.170 ptas./mes.
- 2) Trabajadores de 17 años: 760 ptas./día o 22.800 ptas./mes.
- 3) Trabajadores hasta 17 años: 479 ptas./día o 14.370 ptas./mes.

A estos salarios se adicionarán los complementos, pluses o incrementos que correspondan a cada trabajador.

16. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1985.

Ley 50/1984, de 30 de diciembre («B. O. E.» del 31).

La Ley aprobatoria de los Presupuestos de 1985 contiene, como le es propio, las autorizaciones generales de gastos para los diversos organismos públicos incluidos en ella (ampliado a las sociedades estatales que perciben subvenciones o ayudas financieras del Estado) y las previsiones de ingresos.

Además se incluyen las siguientes materias:

1) Haberes pasivos: La Ley presupuestaria lleva a cabo una completa reforma del régimen de las pensiones de los funcionarios, lo cual, obviamente, no es propio de tal norma.

2) Normas tributarias: Afectan a los siguientes tributos:

— Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: Se regula la escala del tipo de gravamen, las deducciones y la obligación de declarar. Con respecto a las normas vigentes en 1984 los cambios introducidos alteran el régimen de las deducciones, suprimiendo algunas de sus modalidades anteriores.

— Impuesto sobre Sociedades: Las Cajas de Ahorro pasan a tributar al tipo general del 35 por 100. Se modifica también el régimen de las deducciones en la cuota.

— Contribución Territorial Urbana: Se aplicará, sin excepción, el tipo del 4 por 100 para determinar la renta catastral, base del impuesto.

— Impuestos de Tráfico de Empresas y Transmisiones: Se prorrogan las normas aplicables en 1984; por tanto, las transmisiones de inmuebles entre particu-

lares seguirán sujetas al tipo del 6 por 100 y las empresariales al 4,5 por 100 (más el recargo provincial). Las transmisiones de vehículos usados, cuando gocen de exención en el Impuesto de Lujo, se declaran también exentas del Impuesto de Transmisiones.

— Impuesto sobre el Lujo: Además de prorrogarse las normas de 1984, se declaran exentas las adquisiciones de vehículos usados cuando hubiesen satisfecho este Impuesto en cualquier transmisión anterior. Para algunos efectos se elevan los tipos de gravamen un 10 por 100.

3) Determinación de la participación de Municipios, Diputaciones Provinciales, Cabildos Insulares y Comunidades Autónomas en impuestos e ingresos del Estado.

4) Supresión y refundición de Organismos Autónomos del Estado, con la consiguiente redistribución de sus funciones y personal.

5) Modificación de la Ley de Contratos del Estado, para suprimir de forma general la necesidad de la formalización notarial de aquéllos, y de la Ley del Patrimonio del Estado con el fin de permitir la aceptación por el Ministerio de Cultura de las donaciones, herencias o legados, a favor del Estado, de bienes de valor cultural o de fondos destinados a bienes de tal naturaleza.

Como puede observarse, la Ley Presupuestaria, de finalidad específica y sujeta a un procedimiento de tramitación especial, se ha convertido en un cajón de sastre donde tiene cabida cualquier reforma de normas legales que se pretenda y no encuentre más fácil acomodo en otra norma legal.

6) El interés legal del dinero queda fijado para el año 1985 en el 11 por 100.





# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BONET CORREA, José: «Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina», tomo I, Título preliminar y Libro primero, Editorial Civitas, Madrid, 1984, 616 páginas.**

El Profesor de Investigación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Dr. José Bonet Correa, cuya amplia producción científica es sobradamente conocida, ha iniciado con la publicación de este volumen el importante proyecto de exponer el texto articulado de nuestro Código civil, casi ya centenario, con una amplia y rigurosa muestra de concordancias legales, doctrina jurisprudencial y bibliografía.

En el volumen que se reseña, de magnífica presentación editorial, aparece expuesto de forma cuidada el articulado del Título preliminar y del Libro primero, así como una interesante introducción del autor sobre el significado del Código civil y su Título preliminar y una exhaustiva referencia de las numerosas reformas legales al Código civil. Como preámbulo al texto articulado se exponen la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar un Código civil, con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta Ley, el Real Decreto de 24 de julio de 1889, mandando insertar en la Gaceta el texto de la nueva edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la sección de lo civil de la comisión de codificación, y la Real Orden de 29 de julio de 1889, dando las gracias a la sección primera de la comisión de codificación por haber redactado las enmiendas y adiciones del Código civil y disponiendo que se publique en la Gaceta la exposición en que se expresan los fundamentos de aquellas adiciones y enmiendas. Esta labor introductoria es completada por el autor con una amplia información bibliográfica, donde aparecen monografías y artículos publicados a lo largo del siglo XIX y del presente sobre la codificación civil española y los numerosos manuales y comentarios sobre nuestro Código civil.

El Título preliminar va precedido por el texto de la Ley de 17 de marzo de 1973, de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil, y del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza legal el texto articulado del Título preliminar. Además, se da noticia de la bibliografía existente en nuestro país sobre el mismo. Cada uno de los dieciséis artículos va acompañado de las oportunas concordancias, no sólo en relación con otros preceptos del Código civil, sino también con los de la Constitución y con diversas disposiciones legales. También se expone la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que explican el significado de cada uno de los artículos. Es significativo el hecho de que

el autor destaque las cuestiones abordadas en las numerosas sentencias y resoluciones analizadas, lo cual facilita en gran medida el conocimiento de su doctrina. Se concluye con una completa referencia bibliográfica sobre el artículo en cuestión, que no dudo en calificar de extraordinariamente valiosa, ya que abarca la práctica totalidad de los trabajos que han aparecido desde la promulgación del Título preliminar hasta el año en que se publica la obra que se reseña.

Igual método de trabajo ha sido seguido por Bonet Correa al exponer el texto articulado del Libro primero, *De las personas*, que tan profundamente ha sido reformado por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 13 de julio de 1982 y 24 de octubre de 1983. No cabe duda que es meritorio costrar la reciente jurisprudencia y la bibliografía existente sobre las mismas.

Estamos, en definitiva, ante una obra valiosa, fruto de un esfuerzo continuo y riguroso, en línea con los excelentes *Handkommentar* alemanes, aunque de una extensión algo menor. Los estudiantes universitarios y, en general, todos los profesionales del Derecho cuenta con un instrumento de trabajo extraordinariamente útil. Hay que felicitar por ello al autor y esperar con interés la publicación de los volúmenes restantes, con los que culminará su loable empeño.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**COLECCION DE TEXTOS LEGALES: «Leyes civiles forales». Sexta edición. Madrid, 1984. «Boletín Oficial del Estado». Un volumen de 812 páginas.**

La presente edición vuelve a reproducir como en las anteriores, a pie de página, y no como texto fundamental, el constitucional referente a la vigencia, eficacia y aplicación de los Derechos forales (art. 14, apartado 8.º) en las Comunidades Autónomas, repitiéndolo, en cambio, tan sólo como una nota, cuando legalmente es la base normativa que los legitima y que refrenda la expuesta por el Código civil.

Por lo demás, esta nueva edición incluye ya la reforma habida por la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña para su Compilación de Derecho civil especial, así como las normas por las que se crean en cada Comunidad Autónoma, bien, Comisiones Superiores, como la de Galicia (Decreto de 23 de febrero 1984) o de juristas, como en Aragón (Real Decreto 1006/1984, de 22 de mayo) para el desarrollo de su Derecho especial, e, incluso, mediante una Ley foral, como en los casos de Navarra (Ley Orgánica 13 (1982, de 10 de agosto) y el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre).

Son de gran utilidad el conjunto de notas que se añaden a pie de página, así como los anuarios y los índices analíticos que se incluyen al principio y al final, respectivamente, de cada Compilación especial, por lo que el lector encuentra facilitado su manejo y el recuerdo de las materias concretas que desea consultar.

JOSÉ BONET CORREA

**DIEZ-PICAZO, Luis: «Familia y Derecho». Monografías civitas. Madrid, 1984.**

La extraordinaria riqueza doctrinal de la ciencia jurídica española entre los años 1940 y 1970, preparó el terreno para un salto aparentemente hacia adelante en la legislación, madurando una serie de ideas que se hallaban latentes en la doctrina antes de la citada época, que se postularon como necesarias durante ella, y que han cobrado valor normativo poco a poco durante el propio período de estudio (las reformas de 24 de julio de 1958 y 4 de julio de 1970) y que ya aparecen de un modo completamente liberalizado a partir de la reforma del título preliminar del Código Civil y de la Ley de 1975, hasta culminar en el terremoto legislativo de la Ley de 13 de mayo de 1981, la llamada Ley de Divorcio, la reforma de la legislación sobre la nacionalidad, la reforma de la tutela, la reforma del Reglamento Hipotecario y la reforma del Reglamento Notarial.

Pero una vez producida esta nueva normativa, las personas que por las razones que fuere necesitan tener disponible un «curriculum vitae», se han dedicado a escribir sobre estas reformas, y la mayoría de los autores se desenvuelven en una zona que va desde el modesto comentario o glosa hasta la abrumadora erudición con la agravante del plagio. No se puede decir que hasta ahora la doctrina haya estado acorde en calidad con la cantidad de la reforma normativa producida. Muchos de los libros que se han escrito desde entonces son libros insinceros, glosarios, plagarios, llenos de citas farragosas que denotan la necesidad de sus autores de hacerse un nombre entre los escritores jurídicos, o el deseo vehemente y enfermizo de verse citados por otros autores igualmente raquíuticos.

Pero, afortunadamente en España, todavía quedan algunos autores con verdadera sangre de juristas, con originalidad, con profundidad de pensamiento, con novedad en el planteamiento de los problemas, con capacidad para desvelar horizontes que ocultan la verdadera riqueza de la ciencia jurídica trasladada a la norma positiva de este período que estamos viviendo. Uno de estos autores, y quizá el mejor, es Luis Díez Picazo. Su pensamiento, rico en profundidad y en ideas, es a la par original y sugestivo. Está mínimamente influido por otros autores, y no puede dejar de influir en las figuras secundarias.

El libro que va a ser objeto de este comentario es una obra corta, de unas doscientas cincuenta páginas, que tras unas palabras preliminares aborda temas del derecho de familia y que en realidad es la compilación de una serie de trabajos y conferencias que el autor ha publicado en diferentes lugares y que ahora reúne en un solo volumen, cuya lectura a mí me parece muy rica en enseñanzas.

Ya en la introducción nos apunta Díez-Picazo la raíz del problema del trastorno sufrido por el derecho de familia; y es que se ha producido una «crisis del derecho positivo de familia», ya que la familia ha sufrido a su vez al menos dos importantes modificaciones: En primer lugar, se ha pasado de la familia patriarcal a la familia nuclear, reducida a los o al progenitor y a los hijos, y, además, se ha admitido como indiscutible el principio de igualdad de los miembros de la familia, que aparece legislativamente, respecto de

hombre y mujer, en la Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la mujer, de 1981, y la igualdad de toda clase de hijos en la Ley de 13 de mayo de 1981, equiparación altamente perturbadora, pero que no deja de ser justa porque no hay hijos ilegítimos, sino padres ilegítimos, y por consiguiente no debe recaer sobre éstos la falta de aceptación de las reglas de juego de los primeros.

Al mismo tiempo se apunta la idea de que queda mucho por investigar y legislar, respecto de las relaciones personales y patrimoniales, de las llamadas uniones libres, o matrimonios de hecho y su descendencia.

Por eso dice Díez Picazo que el problema central del derecho de familia se puede definir brevemente como la «crisis del derecho codificado», y esto es así, creo yo, porque desde el final de la Segunda Guerra Mundial lo único que parece que pervive del movimiento codificador del siglo XIX es el derecho de las obligaciones y contratos. La propiedad ha sufrido intensas modificaciones en su concepto y en su fundamento, y se ha pasado de la contemplación del dominio absoluto de un espacio poligonal de terreno a la utilización dentro de los cauces del bien social de un determinado volumen edificable. Por otra parte se ha visto que tanto en los países del bloque oriental como en los países del bloque occidental, se ha ido desglosando el derecho de familia y como consecuencia el de sucesiones, del cuerpo general de los códigos del siglo XIX. Así vemos la aparición de un código de derecho de familia en la República de Cuba, con motivo del año internacional de la mujer, en 1975. Y también vemos que el Código polaco sigue fiel, en materia de obligaciones y contratos, a los esquemas del Código de Napoleón.

El libro que comento se divide en cuatro partes, después de una introducción a la que ya he hecho referencia, como expresión de que la reforma manifiesta «la crisis del derecho codificado».

En la primera parte se estudia los problemas generales del derecho de familia, dividido en varios apartados en que se contempla la evolución de la familia a un concepto más restringido de la misma, es decir, a la contemplación de la llamada familia nuclear, y donde se atisba ya la posiblemente próxima juridicidad de las parejas que con hijos o sin hijos conviven con talante matrimonial sin constituir matrimonio. Luego, el autor hace un comentario a la reforma del derecho de familia que se instauró por la Ley de 2 de mayo de 1975, que fue el Año Internacional de la Mujer y en la que estaban en embrión las reformas que se han desarrollado con toda amplitud en el terremoto legislativo de 1981. En la conferencia siguiente, titulada «reforma del derecho de familia», con fina ironía apunta el fenómeno del «ternurismo» que parece hacer vibrar particularmente el corazón dulce del legislador y que se traduce en una frase que se va imponiendo como un principio del derecho de familia: «tout pour l'enfant».

Es muy interesante el estudio que realiza en la siguiente conferencia sobre la figura del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil en el marco del negocio jurídico familiar, y de los principios constitucionales del derecho de familia. Esta primera parte termina con la compilación de un artículo sobre el principio de la unidad jurídica de la familia y el tema de la nacionalidad, problema que aún no está totalmente resuelto y que parece que exigirá una reforma del derecho de la nacionalidad.

La segunda parte está destinada al estudio del derecho matrimonial, y fundamentalmente al cambio del sistema matrimonial que influido por el concordato de 1953 había dado lugar al sistema imperante bajo el anterior artículo 42 del Código Civil, y la mutación que se ha producido por la introducción del actual sistema que convive con los acuerdos con la Santa Sede de 1979, y tiene también en esta segunda parte un trabajo muy interesante, publicado ya en el Anuario de Derecho Civil, sobre la capacidad de la mujer casada y la economía conyugal, que desemboca en un estudio de la reforma de 1981 y en el que llega a la conclusión, con gran alivio del autor de estas líneas, de que el régimen de participación no es un sistema práctico, manteniendo la postura de que los dos regímenes más viables son, o el de gananciales o el de separación, ambos convenientemente afinados.

En la parte tercera trata del derecho de filiación y estudia tanto el principio de protección integral de los hijos (*tout pour l'enfant*), como la reforma de 1981, que tanto ha incidido en la regulación de la patria potestad.

En la parte cuarta, por último, se ocupa del derecho de tutela, y hay un trabajo que se titula «Notas sobre la institución tutelar», cuya lectura debe completarse con el siguiente trabajo en que estudia las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela, y con la lectura de ambos vemos claro cómo el Código Civil en su primitiva redacción por influencia del Código de Napoleón abandonó el sistema de tutela de autoridad histórico español por el sistema de tutela de familia, que la práctica ha revelado como inoperante y que ha hecho volver al legislador, veremos con qué resultado, al sistema de tutela de autoridad tal como lo regula la Ley de 24 de octubre de 1983.

Parece mentira que la lectura sistematizada de una serie de trabajos dispersos, compilados en un solo libro, y además corto, pueda ser tan sugestiva. Y es que el pensamiento de Luis Díez Picazo es un pensamiento jurídico que es a la vez original y congruente y que no tiene las adherencias de aquellos que por hacer alardes de erudición caen en el plagio, quizá involuntariamente, porque la vanidad oscurece la mente humana, y producen obras farragosas en cuya lectura uno se pierde, sin aprender nada y sin llegar a enterarse ni siquiera de qué es lo que realmente piensa el autor.

VICENTE ESPERT SANZ  
Doctor en Derecho. Notario

**ESSER-SCHMIDT, Band I, «Allgemeiner Teil»; ESSER WEYERS, Band II, «Besonderer Teil»; 6 völlig neubearbeitete Auflage; C. F. Muller Juristischer Verlag, 1984; 679 y 599 páginas.**

Normalmente la sexta edición de una obra jurídica sólo origina una breve recensión adicionada, si acaso, con una valoración del éxito de acogida entre el público al que se destina, cuando, como en el presente caso, entre ella y la primera edición apenas si ha transcurrido un tercio de siglo. Sólo que en dicho lapso de tiempo algunas cosas importantes han ocurrido en las Facul-

tades de Derecho alemanas; aparte de su multiplicación para atender a la masificación estudiantil —como en todos los países occidentales—, el relevo de los maestros consagrados, por una pléyade de jóvenes profesores que, llegados ya a su madurez, sustituyen a aquéllos en los métodos de enseñanza, de investigación y de exposición doctrinal.

En este Anuario (1) se habían destacado ya algunas características que adornaban a la 5.ª edición del *Schuldrecht* de Esser, en lo relativo a la Parte especial continuada por Weyers. Ahora procede resaltar, en primer término, las innovaciones externas de la sexta edición, que sigue estando al cuidado de dos discípulos directos del autor, Eike Schmidt, profesor en Bremen y magistrado de su *Landsgericht*, y de Hans-Leo Weyers, bien conocido de los civilistas españoles y de los lectores de esta revista, que ejerce su docencia en la Facultad de Frankfurt a Mein. Por razones prácticas de manejo, se ha vuelto a reducir la obra a dos volúmenes, en lugar de los cuatro de la anterior edición, ampliando ligeramente el tamaño y el tipo de letra; su publicación se hace simultáneamente, y no sucesivamente como en la anterior (de 1975 a 1979); los índices finales de textos legales citados y de materias, se acrecen considerablemente; la relación de autores que se citan abreviadamente también se ha enriquecido; por último, la firma de Esser ya no figura junto a la de Schmidt en el prólogo, como ocurría en el I-1.º de la anterior edición. Con todo, es justo poner de relieve las modificaciones que pueden considerarse de fondo o sustanciales, que justifican sobradamente el subsidio de la portada: «*vollig neubearbeitete Auflage*», pues con toda razón puede decirse que se está en presencia de una obra nueva, de una refacción del ya clásico Tratado de Esser, que, sin dejar de ser fiel a los principios inspiradores de su creador, los desarrolla y actualiza, afianzándose y consolidándose de este modo como obra de nuevo cuño, con personalidad propia en el panorama bibliográfico alemán del Derecho de Obligaciones, alineándose por derecho propio junto al clásico Tratado de Larenz, del que representa, en cierto modo, el contrapunto y, bajo ciertos aspectos, sus antípodas.

Las modificaciones introducidas por Schmidt en la Parte General siguen, en líneas generales, a las realizadas en la anterior edición, asumiendo las críticas recibidas y profundizando en los aspectos económicos, sociales, políticos y procesales del Derecho de Obligaciones, prestando mayor atención a la protección de los consumidores a tenor de la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación, así como realizando perfeccionamientos técnicos en la sistemática de la obra y en el enunciado y contenido de los capítulos.

En particular, ha sido el cap. 1.º dedicado a las bases o fundamentos de las obligaciones, el que ha recibido mayor impulso renovador, ampliándose el número de epígrafes, así como su enunciado, apareciendo nuevos temas tales como «El mercado y el Derecho de Obligaciones», «La protección de los consumidores en el Derecho de Obligaciones», «Análisis económicos del Derecho de Obligaciones», «Derecho de Obligaciones y Derecho Administrati-

---

(1) Puede verse la recensión de quien firma estas líneas, del II-1.º y II-2.º en *ADC* 33 (1980) 130 s.

vo», etc. Por otra parte, las relaciones y conexiones entre el contrato y acto ilícito o injusto (*Unrecht*) se llevan ahora a la Parte General, con evidente enriquecimiento de la visión general de las obligaciones civiles. Se ha añadido, por último, un nuevo § «Para la praxis de los conflictos en materia de obligaciones», con especial atención a los aspectos procesales.

Abundan también las modificaciones en el cap. 2.º, que ha agrupado el segundo y el tercero de la anterior edición, titulándose ahora «El contrato obligatorio y su configuración. Hay nuevos epígrafes, como los relativos a la influencia de las condiciones generales en el tipo contractual, y supresiones notables como el § dedicado a las *faktische Leistungsverhältnisse*.

Menos visibles son los cambios en los restantes capítulos, sin que por ello sean meras reproducciones de los paralelos de la anterior edición. Abundan las ampliaciones en el texto y en las notas, y las actualizaciones legislativas y bibliográficas; buen ejemplo de ellos son los capítulos 5.º, dedicado a la responsabilidad contractual, y 6.º, dedicado al resarcimiento de daños. Significativo resulta el enunciado del capítulo 7.º, que habla ahora de «La participación del tercero, sucesión y pluralidad de partes en la relación obligatoria», en lugar de la más escueta enunciación anterior relativa a «La participación de varios en la relación obligatoria».

La amplitud de las modificaciones debidas al profesor Weyers se advierte inmediatamente al comparar el texto de la sexta edición con cualquiera de las anteriores redactadas exclusivamente por Esser, y en lo relativo a la Parte especial. Destacan *prima facie*, probablemente como índice de su importancia socio-económica (2), los amplios desenvolvimientos concedidos a los contratos de compraventa, arrendamiento en general, arrendamientos urbanos y rústicos y contrato de obra, enriquecimiento injusto y culpa extracontractual. Algunas de estas materias constituyen pequeñas monografías cuyo tratamiento se caracteriza por la relevancia otorgada a los aspectos procesales y jurisprudenciales. Junto a esta nota, que ya se destacaba en la anterior edición, es de señalar la aparición de nuevos epígrafes, tales como los dedicados al *Factoring*, a la concurrencia de acciones contractuales y extracontractuales en la compraventa, al contrato de *Leasing* y al que las Agencias de Viajes celebran con sus clientes (*der Reisevertrag*).

Como apreciación global de esta sexta edición, cabe hablar del *nuevo Esser* al que de forma ya permanente se adicionan los nombres de sus colaboradores Schmidt y Weyers, quienes han logrado un Tratado de Derecho de Obligaciones proyectado hacia el futuro por haberle incorporado el germen de un desarrollo dinámico (apertura hacia lo público-económico y muy cuidada vertiente práctico-procesal), útil al estudiante universitario y al abogado en ejercicio, así como para el teórico a quien abre interesantes pers-

---

(2) En los datos de sociología de los contratos que he incorporado en la 13.ª ed. del *Derecho de obligaciones* de CASTÁN TOBEÑAS (Madrid, 1983) páginas 40 y ss., hay una parcial coincidencia con lo que se dice en el texto, pues las relaciones más litigiosas en España durante los últimos 40 años son las relativas a los arrendamientos especiales contrato de compraventa civil y mercantil y responsabilidad civil extracontractual, si bien se observa una notable evolución en el índice de litigiosidad de cada una de estas materias.



pectivas en la parte más «inquietada» —si vale la expresión— del Derecho patrimonial. Pienso que su lectura también ofrece interés para el jurista español que sepa hacer con tacto las pertinentes adaptaciones (3).

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**GALGANO, Francesco, «Diritto Privato», 2.<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1983, XIV + 960 páginas.**

Lo que ante todo y radicalmente caracteriza este libro de Galgano es su elegancia y alta factura expositiva. Es un libro que habla de derecho —es decir, de una materia complicada y extensa— con una claridad meridiana y con una mesura y concisión verdaderamente envidiables. Es además un libro —un manual de derecho privado— profundamente original desde cualquier punto que se le mire. Es original ya en la colocación de las materias: a una introducción en la que se inicia al estudiante con el estudio de las normas siguen las divisiones relativas (por este orden) a la «propiedad», las «obligaciones», la «empresa», los «contratos singulares», las «organizaciones colectivas», la «familia y las sucesiones» y la «tutela de los derechos».

Es original también en la selección y jerarquización de las materias: Se ahorra o se comprime considerablemente el tratamiento de ciertos asuntos tradicionales del derecho civil, cuyo estudio no se ha revelado precisamente muy fecundo en la formación del jurista; y se agregan materias nuevas cuyo análisis y discusión en los textos tradicionales son del todo marginales cuando no inexistentes: la letra de cambio y los títulos valores se estudian dentro de la teoría general de las obligaciones; se dedica una división entera de la obra al examen de la empresa. Los contratos bancarios, bursátiles y de distribución se tratan al lado de los singulares tipos contractuales de la tradición civilista. Las sociedades mercantiles y los entes públicos son objeto de atención al lado de las asociaciones y fundaciones. Se estudia la familia de hecho —y por cierto con suma delicadeza— en medio de la familia matrimonial. Dentro del capítulo relativo a la tutela de los derechos, francamente novedoso, se aborda la publicidad registral al lado del régimen de la prueba; los procedimientos concursales y paraconcursoales al lado de la decadencia y la prescripción.

Pero sobre todo la originalidad del libro de Francesco Galgano estriba en el estilo y en el modo con que se aproxima y aproxima al estudiante a la contemplación del derecho. Es en este punto donde más decididamente se aparta de la manualística tradicional. En cada una de las páginas del casi millar que componen el volumen se ofrece una versión de las cosas real y concreta (frente a los tratamientos abstractos más al uso) crítica y valorativa (en

---

(3) Parece de justicia señalar finalmente que uno de los coautores del «nuevo Esser», el profesor Hans-Leo Weyers, pertenece al reducido grupo de civilistas alemanes que se interesan por nuestro Derecho vigente, y que con cierta habitualidad se asoma a las páginas de este Anuario para ofrecernos sabrosas crónicas de Derecho civil de la República Federal de Alemania: cfr. ADC. 34 (1981) 959 ss. y 37 (1984) 157 ss.

contraposición a los análisis formalmente asépticos de la tradición) y sobre todo muy *civil*, es decir, muy comprometida con la sociedad de su tiempo.

Es una obra ésta de Galgano definitivamente escrita en la tierra, lejos ya de aquel cielo de los conceptos, del *Begriffshimmel* en el que Ihrieng había localizado la morada de los pandectistas y en el que aún continúan situándose gran parte de los manuales italianos en circulación. El manual de Galgano es un manual de derecho privado que no contiene una teoría del negocio jurídico, porque ésta solo existe en el cielo del pensamiento dogmático. En la tierra— piensa el autor— sólo existe el contrato. Es un libro en el que la persona jurídica ya no es un sujeto de derecho (otra de las grandes ilusiones pandectísticas), sino una forma de abreviar complejos sistemas normativos. Un libro según el cual la sociedad anónima no vive sólo en las leyes, sino que además se desenvuelve bajo múltiples configuraciones en el entramado industrial y hasta político de nuestro tiempo. Un libro de derecho privado que habla a los estudiantes de la legitimidad del derecho, de los privilegios, de las clases sociales e incluso de la «falsa cuestión» del derecho hereditario en el pensamiento socialista sin olvidar una cumplida referencia a la enfiteusis. Un libro, en fin, que no por ello deja de ser respetuoso para con el brillante pasado de la ciencia jurídica europea; que no por apostar por nuevas vías deja de ser escrupulosamente riguroso en el empleo del lenguaje jurídico que con tanto esfuerzo ha ido puliendo la tradición.

Es un libro, en definitiva, escrito con una cierta y contenida pasión civil; redactado —a la vista de los excesos que se registraban en el *Begriffshimmel*— bajo el atactivo lema de *wieder auf Erden!*

C. P. A.

**LAQUIS, Manuel A.: «Derechos reales IV. Restricciones y límites del dominio. Régimen de las aguas. Dominio imperfecto. Sepulcros». Buenos Aires, 1984. Ediciones Depalma. Un volumen de 685 páginas.**

Dentro del Derecho privado argentino, su Derecho civil cuenta con una gran tradición doctrinal que ahora se remoja, según puede advertirse, con este esmerado y bien compuesto tratado del profesor Laquis, para el ámbito de los derechos reales. Después de la publicación del tomo I, en el año 1975, le prosiguieron el tomo II, en 1979, sobre la propiedad y el dominio, la propiedad intelectual, la industrial, la adquisición y pérdida del dominio, el tomo III, en 1983, sobre la adquisición y pérdida del dominio, usucapión y expropiación, y, ahora, el tomo IV, sobre las restricciones y límites del dominio, régimen de las aguas, dominio imperfecto y sepulcros.

La gran influencia de la doctrina francesa, se advierte a través de la cita a sus mejores civilistas y, en menor medida la italiana, sin que falte la más fundamental española y la utilización de nuestras traducciones de la civilística alemana.

Por lo que a la doctrina argentina se refiere, su estudio es completísimo, así como el resumen de la jurisprudencia, muy matizada y aprovechada, por lo que en cualquier referencia a ella, se hace necesario el manejo de esta

obra tan acabada y prestigiosa, que se complementa con sus otros dos proyectados tomos, V y VI, alcanzando el completo estudio de los Derechos reales en el Derecho positivo argentino.

JOSÉ BONET CORREA

**LEON ARCE, Alicia de: «Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación». Oviedo, Universidad, 1984. 283 páginas.**

Las alteraciones experimentadas por los textos jurídicos constituyen el objeto más propio de la historia del derecho y su estudio en los grandes monumentos de índole legal el ejercicio más adecuado de nuestra asignatura, si ha de contribuir a la formación de los juristas que desarrollarán su actividad en medio de alteraciones semejantes. La Ley de 13 mayo 1981 vino a modificar el Código Civil en varios puntos; su artículo 3.º se refiere al régimen económico del matrimonio, libro IV, título III, artículos 1.315 a 1.444, y una serie de ellos asimismo afectados. El método seguido por el legislador fue respetar la numeración de los *artículos* (sobre el término, Ors y Guzmán en este *Anuario* 48, 1978, 621-628), pero modificar sustancialmente su contenido, lo cual, observa el civilista Eduardo Serrano Alonso —director de la tesis—, origina contradicciones en el cuerpo del libro de derecho, que, en su opinión, «ha dejado de responder al significado que esta palabra, código, tiene en la ciencia jurídica». Esta podría ser la conclusión histórica que cabe atribuir a nuestra época: el final de los códigos y en cierto modo la vuelta a las compilaciones, dentro de la curva más amplia de la Vulgarización.

Una brillante alumna de Granada ha llevado a buen fin la elaboración de un libro correspondiente al nuevo tópico, que es un fruto del quehacer académico, razón del optimismo y una prueba de que la universidad ideal es simplemente la universidad real. En todo el libro trasciende la madurez civilística de la época que vemos terminar. Los nombres de Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Díez Picazo escoltan el discurso; al último citado pertenece la única nota histórico-jurídica (en el sentido convencional, pues todo es pronto historia del derecho, quiero decir, pasado) que luce entre la grava doctrinal; según él, la idea de una participación conjunta de ambos cónyuges en los lucros nupciales aparece en Fuero Juzgo IV, 2, 17 y en el Fuero Real III, 3, 1. Se trata, pues, de *Lex Vis.* IV, 2, 16, *recesvindiana* sobre la *euriciana* 25 (Ors, *Código de Eurico*, págs. 253-254, y Merêa, *Visigótico*, págs. 49-61 = AHDE 16, 1945, 100-111). Una redacción nueva de estas leyes góticas son las de Fuero Real III, 3, 1-3, a las que se aproximan las *Leyes del Estilo* 205-207; declaradas en Cortes de Salamanca, 1465 pet. 24, y de Nieva, 1473 pet. 25; confirmada como costumbre contra «lo que el derecho (romano) diga» por Felipe II en 1566. *Leyes de Toro* 14, 53, 60, 77 y 78 han modelado el régimen. Todo esto, recogido en Nueva V, 9 y *Novísima Recopilación* X, 4, es el antecedente inmediato del Código Civil. J. Martínez Gijón ha expuesto el sistema de gananciales en los *Fueros*, AHDE 29, 1959, 45-151, especialmente pág. 72 ss., y antes en su tesis doctoral, Ib. 27-28, 1957-1958, 221-303, números 18-23. La etapa intermedia está cubierta todavía por Benito Gutiérrez, en su *Códigos* I<sup>4</sup>, págs. 471-605, teniendo en cuenta siempre la participación del autor en la redacción del Código Civil.

Nuestra autora ha trazado con precisión el cuadro de la más reciente historia, en la que debemos incluir, como es lógico, dada la convicción de que aquella es universal, el derecho comparado, con una descripción de las reformas operadas, en el mismo sentido que en España, en Escandinavia y naciones hispano-americanas (en la misma tradición española, respecto de la cual a veces se adelanta), República Federal Alemana, Francia, Holanda y Luxemburgo, todo puesto al día. Para España, para sus territorios de derecho común, nos permite asistir al proceso legislativo, en el que ha tenido un papel decisivo el mencionado Díez Picazo con sus ideas (1975) para una reforma del régimen de bienes del matrimonio (ahora en sus *Estudios* 1980), los trabajos de 1976, a raíz de la ley de 2 mayo 1975, en la Sección primera de la Comisión de Códigos (con ponencia del mismo profesor) y las inmediatas Jornadas de profesores de Civil en Valencia más un Seminario en la Facultad de Oviedo. Registra la doctora mutaciones experimentadas por el proyecto en manos del Gobierno (1979) y la reelaboración en las Cortes, donde destaca la actuación Félix Pau Irazábal, diputado por Palma de Mallorca, a pesar de no haber sido admitida su enmienda que intentaba insertar en la norma el efecto de «transformaciones de la realidad», con motivo de la cual fue recogida la observación de Figa Faura, notario en Barcelona (activo en la VI Semana) acerca del vaciamiento experimentado por el régimen legal de gananciales: «la fuerza de los hechos había transformado aquella sociedad (de gananciales) en una comunidad universal». Por su parte, la gentil doctora adopta una actitud crítica que convierte su tesis, principio y germen de una carrera científica que auguramos feliz, en singular libro de derecho, a poner en la serie de los que constituyen la historia del derecho privado en nuestra patria.

R. GIBERT

**LEHMANN, Michael:** «Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeanzeigen gegenüber dem Letzrverbraucher». C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981, 403 págs.

1. La denominada *Vertragsanbahnung durch Werbung* (que traduciré por «preparación publicitaria del contrato») tiene en nuestro país una historia reciente, pero decidida a no desaparecer de escena. Comienza con la importante STS/27-I-1977 (v. C. Lasarte, RDP (1980) 50-78), en la que el Tribunal Supremo procede a integrar el mensaje publicitario en el contenido del contrato apelando al principio de la buena fe *in executivis* que consagra el artículo 1.258 CC. El vendedor —señala la resolución— no queda obligado al cumplimiento de lo que expresamente se encuentre consignado en el documento contractual, sino también a cuanto haya ofrecido por vía publicitaria (y no entro ahora a discutir la corrección del expediente utilizado: el artículo 1.258 CC). Siete años más tarde aparece la Ley 26/1984 de 19 de julio («B.O.E.»/24-VII-84) General para la defensa de Consumidores y usuarios en cuyo artículo 8,1 se consagran los principios que habían inspirado aquella sentencia:

«La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido —agrega el precepto—, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado en el documento o comprobante recibido.»

Con esta norma podemos decir que el ciclo queda cerrado en nuestro país. Ahora sólo nos queda estudiarlo.

2. Los tiempos parecen, pues, maduros para trasladar el estudio del fenómeno de la información publicitaria desde la doctrina de la competencia desleal, donde tradicionalmente ha estado confinada, al ámbito de la teoría general del contrato. Un síntoma óptimo de esa madurez y una indagación penetrante del fenómeno nos los suministra el escrito de habilitación de Lehmann, cuya lectura nos habrá de ser de un gran provecho a la hora de estudiar el ciclo anteriormente reseñado.

Esta excelente monografía sobre la *preparación publicitaria del contrato* aparece dividida en cuatro partes muy perfiladas. Las dos primeras revisten un carácter netamente introductorio y tienen por objeto, respectivamente, la descripción de todo el fenómeno económico del *marketing* de la *Vertragsanbahnung* y el examen panorámico de la tutela reforzada que el derecho privado alemán proporciona a las partes económicamente débiles y sin experiencia de las relaciones típicas de mercado. Los capítulos siguientes se adentran en el corazón del asunto y desarrollan de lleno la investigación. Así, en el tercero se pasa revista a los mecanismos a los que se puede acudir dentro de todo el instrumento del derecho privado para controlar la divergencia entre la publicidad que incita a la conclusión del contrato y la realidad de las prestaciones contractuales satisfechas. En el cuarto y último capítulo el autor se esfuerza por establecer su tesis, para lo que procede a construir la publicidad preparativa del contrato como un supuesto de hecho de responsabilidad precontractual que se funda en la doctrina de la *culpa in contrahendo*.

3. Las informaciones publicitarias imprecisas, incompletas o falsas pueden conducir al consumidor a la conclusión de un contrato, del que más tarde —a la hora de la verdad— puede arrepentirse. Tales comunicaciones son susceptibles, por tanto, de defraudar las expectativas de los consumidores y en esa medida deben de ser censuradas por el ordenamiento jurídico. Mas ¿cómo puede instrumentarse o encauzarse la tutela frente a tan extendidísima praxis de *marketing*?

Lehmann nos lo va a desvelar. Pera ello y como primera piedra de su construcción procede a la calificación de la preparación publicitaria del contrato como una verdadera *invitación ad offerendum* en sentido jurídico; lo que equivale a definirla como un momento específico del proceso formativo del contrato. Esta calificación —por supuesto— no se opera sin más, sino como consecuencia de un detenido estudio de la realidad empírica.

Tal calificación —como es obvio— no carece de importancia; antes al contrario: constituye la premisa que va a hacer posible la instrumentación del

*control*, siempre y cuando, naturalmente, se aprecien divergencias entre lo *ofrecido* (lo anunciado por la propaganda) y lo *prestado* (lo realmente cumplido).

Pero ¿qué control?, Lehmann estudia todos los posibles:

a) El control por medio de la impugnación del contrato anulable en los supuestos de dolo y error;

b) el control por medio de la declaración de nulidad del negocio cuando se haya registrado en algún momento de todo el proceso una violación de la ley (por ejemplo: una contravención de las normas en materia de competencia desleal que disciplinan la publicidad); o de las buenas costumbres; etcétera;

c) el control por medio de la exigencia de un saneamiento por vicios ocultos, ya que se ha ofrecido publicitariamente —y, en cierto modo, garantizado— una determinada calidad.

4. Estos sistemas de control, sin embargo, resultan descartados por el autor, ya que a su juicio o bien son muy artificiales; o bien son poco operativos (ya que para que prosperen deben concurrir una serie de requisitos muy estrictos que no siempre comparecen en las preparaciones publicitarias del contrato divergentes); y en todo caso no son racionales desde el punto de vista económico.

El autor desarrolla un interesante análisis económico de estos expedientes de control, al hilo del cual demuestra suficientemente su déficit funcional, en cuanto que conducen a una distribución subóptima de los recursos. Los resultados que arroja este análisis son muy esclarecedores de cara al rumbo que se le va a dar a la investigación: *el único remedio eficiente desde el punto de vista económico porque sólo él puede crear incentivos apropiados para modificar las conductas publicitarias incorrectas es el establecimiento de una indemnización de daños y perjuicios*. Los costes de transacción que genera la información incorrecta —dice— no se asignan a quien está en mejores condiciones de dominarlo (*elcheapest cost avoider*), que es la parte de la oferta, sino que se cargan sobre la demanda. La rectificación de esta asignación ineficiente sólo puede llevarse a efecto a través del desarrollo y atribución de una responsabilidad a quien sea el mejor *Kostenträger*, a quien esté en mejores condiciones de dominar los costes, que sin duda alguna es el oferente.

5. Sobre la base de estas conclusiones examina el autor la posibilidad de tramitar el control por la vía de la responsabilidad extracontractual, que, en principio, podría ofrecer un resultado adecuado desde el punto de vista económico. Sin embargo esta vía también resulta descartada porque el control sólo puede prosperar si se dan unos presupuestos muy estrictos que es muy difícil de verificar en todos los casos y de probar. Por esta vía —dice Lehmann— sólo podría controlarse la punta de *iceberg* escandalosa de todo un fenómeno mucho más extenso.

6. Sólo queda una vía que explorar y es la que Lehmann estima más ajustada. En el último capítulo estudia la responsabilidad por declaraciones publicitarias preparadoras del contrato en base a la doctrina de la *culpa in contrahendo*. A tales efectos parte Lehmann de la consideración de la publi-

cidad como un fenómeno que necesariamente ha de tener en cuenta los intereses de la demanda y que en el terreno jurídico ha de reputarse como un servicio a los clientes precontractual (*vorvertraglicher Kundendienst*). Al fin y al cabo —señala certeramente— se trata de un servicio pagado por el consumidor, toda vez que el precio de venta de la mercancía se calcula integrando diversas partidas, entre las que se incluye el coste de la publicidad.

Es verdad —añade Lehmann— que el derecho de libertad de expresión sancionado por la Constitución y el principio de autonomía privada dejan al oferente una esfera o ámbito de libertad para realizar las manifestaciones publicitarias que estime oportunas; pero no es menos cierto —concluye— que tal libertad debe necesariamente acompañarse de una responsabilidad.

Tal responsabilidad se construye sobre la *culpa in contrahendo*. Y tendrá lugar siempre y cuando concurren estos tres presupuestos que resultan minuciosamente analizados por el autor:

- a) Creación de un supuesto de hecho de confianza respecto de una relación comercial, en el cual se confía la demanda para concluir el contrato.
- b) Violación por parte de quien participa en el proceso publicitario del deber de cuidado. Este deber de cuidado afecta a la forma y contenidos que deben tener la publicidad informativa.
- c) Provocación de un daño en la demanda.

De esta manera y sólo de esta manera, al establecerse un control que opera *directamente* como penalización de la violación de los deberes de cuidado se introducen los incentivos más apropiados para que se corrija y rectifique el proceso publicitario dentro del ámbito de la oferta. Se imponen los costes a aquellos que están en mejores condiciones de dominar los riesgos que se trata de evitar.

7. Es cierto que la investigación se conduce por los senderos específicos del derecho privado alemán y que, dada la diversidad de presupuestos, no resulta fácil trasplantar sus resultados al suelo institucional de nuestro Código Civil (sobre todo en lo relativo a la *culpa in contrahendo* escasamente desarrollada en nuestro ordenamiento). Con todo —y conectamos así con lo que señalábamos al principio— el trabajo puede sernos muy útil para entender ese artículo 8 I Ley General del Consumidor y encaminar por sendas seguras y económicamente razonables la construcción y aplicación de su contenido normativo.

C. P. A.

**«LIBER AMICORUM»:** «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Doctor Antonio Rodríguez Sastre». Madrid, 1985. International Law Association (Sección española). Un volumen de XVII + 598 páginas.

Todos los ilustres juristas españoles, y también los extranjeros, conocen al eminente jurisconsulto que es Don Antonio Rodríguez Sastre, gran polifacético en sus saberes del arte del Derecho. Los que tuvimos el honor de estar junto a él durante una década colaborando, día a día, en las tareas jurídicas de alcance internacional, pudimos comprender su ingente capacidad de trabajo, su fina perspicacia en el planteamiento y resolución de las cues-

tiones planteadas, su enorme capacidad de conjuntación y de síntesis, así como su firmeza y enérgica sabiduría en la toma de decisiones en la defensa de la Justicia. Si los ingentes intereses económicos y financieros concretos encomendados a su defensa eran una instancia previa de su celo y prudencia, fue muchísimo más su alta razón de ser por el logro final de hacer brillar siempre una justicia conmutativa. Sus dotes humanas, como las científicas, no se quedan nunca en la anécdota de los hechos e intereses, sino que trascienden a los logros de lo bueno y de lo justo. He ahí el valor de Don Antonio. Por eso, no podía faltar el homenaje merecido de reconocimiento y cariño que sus amigos y colegas le hacen en esta obra, donde él verá abordados aspectos y temas de alcance interno e internacional, que le son tan familiares y conocidos y de los que personalmente dió tan sabias y prudentes razones para su tratamiento.

El lector podrá hallar ahora formalmente su «curriculum vitae» desbordante y egregio, así como sus contribuciones, obras y artículos realizados; pero sustancialmente encontrará, además de los temas monográficos de sus colaboradores y amigos de todos los países, el enorme espíritu y la fuerza de la razón que Don Antonio posee en la defensa de los logros de la justicia.

JOSÉ BONET CORREA

**PEDEMONTE FEU, Jorge: «Jurisprudencia de propiedad industrial». IV. Años 1974-1979. Barcelona, 1985. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 701 páginas.**

Este cuarto tomo continúa la recolección de Sentencias del Tribunal Supremo para el período de seis años que va desde 1974 a 1979, sobre la jurisprudencia de las Salas de lo civil, penal y contencioso-administrativa. Dado el incremento de la actividad judicial recaída en este ámbito, principalmente debido al desarrollo socioeconómico del país, ha conducido al autor a abreviar la exposición del total contenido de las Sentencias, si bien remitiéndose por su número a la referencia del Repertorio jurisprudencial de Aranzadi; de esta manera práctica, el lector, después de localizada sistemática y críticamente la Sentencia, puede completar su alcance.

El manejo práctico de esta obra se facilita mediante sus tres importantes y bien elaborados índices: los cronológicos, que comprenden la relación de sentencias dictadas durante el período recopilado y el de la relación de Sentencias comentadas; además, el índice general por conceptos, que recoge alfabéticamente las materias tratadas a lo largo de la obra, que se maneja a modo de diccionario, comprendiendo ciento veintiocho de sus aspectos.

JOSÉ BONET CORREA



**VITO NAPOLI, Emilio: «L'inabilitazioni». Milano, 1985. Editorial Dott. A. Giuffrè Editore. Un volumen de 208 páginas.**

La presente monografía sobre la incapacitación de personas es de gran interés, debido a que nos muestra no sólo el tratamiento normativo italiano en particular, sino también las tendencias generales del Derecho comparado continental europeo. La legislación especial italiana, con las Leyes de 13 de mayo y 12 de diciembre de 1978, el Juez tutelar puede adoptar medidas urgentes respecto a la conservación y administración del patrimonio del «perturbado mental» y nombrar un tutor especial para llevar a cabo actos y actividades concretas concernientes no sólo a su persona, sino respecto de su patrimonio. Además de la finalidad de protección de los intereses patrimoniales se pretenden unas exigencias sobre la dignidad de la persona y de su ámbito de libertad.

El estudio comprende una sistematización de la incapacitación en siete capítulos, donde el primero expone el concepto de la misma y sus sujetos; el segundo trata la enfermedad mental como causa de incapacidad; el tercero se refiere concretamente a la prodigalidad, el cuarto aborda la incapacitación por abuso de bebidas alcohólicas o estupefacientes; el quinto examina las disminuciones físicas; el sexto desenvuelve el procedimiento de inhabilitación, para finalizar el séptimo sobre las condiciones jurídicas del inhabilitado.

La obra termina con el resumen de unas observaciones concluyentes del autor y dos índices muy prácticos: uno de fuentes legislativas y otro analítico.

JOSÉ BONET CORREA

# REVISTA DE REVISTAS

## I. REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de José R. ANTON RIESCO

**CASTAN VAZQUEZ, José María: «El problema de ejercicio de la patria potestad por padres menores en el derecho argentino y en el nuevo derecho español». R. D. P., septiembre 1982, pags. 816 y ss.**

De antiguo está planteado el tema de si los menores no emancipados que sean a su vez padres podrán ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos.

La naturaleza parece, en principio, aconsejar que, como todos los progenitores desempeñen la función, pero el hecho de que ellos mismos estén sometidos a patria potestad o tutela en su caso, suscita una obvia objeción a este principio. ¿Cómo puede ejercer las funciones de alimentación, educación, representación, quien a su vez necesita ser alimentado, protegido y acaso representado?

El problema se plantea en el derecho argentino a través de un estudio del profesor Daniel Hugo d'Antonio, que distingue principalmente entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial. En el caso de la filiación matrimonial cabe en este derecho admitir la patria potestad por los padres menores, ya que al decir del citado autor la patria potestad en este supuesto no plantea ningún problema, ya que el matrimonio produce de derecho la emancipación, que incluso perdura aún en caso de divorcio.

Las verdaderas dudas aparecen en el otro supuesto. Los padres naturales de conformidad con el artículo 264, así lo establece. Sin embargo, el autor entiende que en este caso de menores padres, no puede admitirse el ejercicio de la patria potestad en quien muestra su propia incapacidad y necesita de asistencia y representación como consecuencia de su estado de minoridad.

Hay, sin embargo, una reforma en marcha del artículo 264, que es la Ley 21.812, que establecía a pesar del veto del Senado la posibilidad de completar la capacidad del padre menor a través de los complementos de capacidad de la representación del padre o tutor para suplir de pleno derecho la incapacidad del padre menor.

En derecho español, antes de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, regía como sabemos a través de los artículos 314 y 315 del Código civil. La reforma trató de regularlo de modo expreso y así se ha establecido el artículo 157 al decir que el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y a falta de ambos de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad con la del juez. Distingue en torno al

precepto, el autor, cuatro casos: uno el de progenitor emancipado en el que a su juicio no será de aplicación el precepto, pues podría ejercer la patria potestad como si fuera mayor, otro, si en vez de emancipación por matrimonio fuere por concesión, como menor habilitado, o mayor de dieciséis años que viva con independencia, parece que ese menor no es contemplado por el artículo 157 y puede ejercer la patria potestad como en el caso anterior, el tercer supuesto es el del progenitor menor no emancipado se aplicará el artículo 157 y finalmente en el caso de padres no casados entre sí uno menor y otro no parece que no hace falta la asistencia en el ejercicio de la patria potestad de los padres o tutor, basta que la ejerce el mayor.

**ABELLO MARGALEF, Ramón:** «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales». *R. D. P.*, septiembre de 1982, págs. 803 y ss.

Se distingue entre cargas de la sociedad de gananciales o cargas comunes y cargas que son privativas de cada uno de los cónyuges. Sin embargo, no todas las deudas que pueden cobrar los acreedores sobre el patrimonio común son las deudas efectivamente comunes.

Los autores franceses hablan en estos casos de un pasivo patrimonial y de un pasivo definitivo. A veces de una obligación por la deuda y otras, una contribución a la deuda. De este modo se protegen y facilita a los acreedores el cobro de sus créditos, se protege la seguridad del tráfico jurídico y se dejan a salvo los derechos del cónyuge cuyo patrimonio no ha de responder de la deuda contraída.

Después de esta introducción a guisa de orientación sobre cuál va a ser la estructura del trabajo, divide el mismo en dos grandes apartados: uno, dedicado a las cargas comunes y otro, que tiene por objeto las cargas privativas.

Dentro del primero hace dos divisiones expresas: las que afectan de modo incondicional y las que afectan de modo condicional. Las primeras son el sostenimiento de la familia y demás gastos relacionados en el artículo 1.362 (excepto las del párrafo 2.º de la causa primera). En síntesis, según el citado precepto, el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos. Otras son dentro de este grupo las del artículo 1.365, las contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión y disposición de los bienes gananciales, así como el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.

Igualmente responderán de las obligaciones por ambos cónyuges conjuntamente o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro. Al igual, en caso de separación de hecho, según el artículo 1.368, por los gastos hechos por uno solo de ellos por los gastos de sostenimiento, educación y alimentación de los hijos.

Este apartado, concluye con el examen de las pérdidas del juego, los supuestos de aportación de bienes privativos, así como las deudas de un cónyuge que sean también deudas de la sociedad.

Responden de modo condicional, la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, si viven en el hogar familiar, las cantidades prometidas o donadas por ambos cónyuges, las obligaciones extracontractuales, las adquisiciones a plazos y las deudas de un cónyuge, e igualmente las «litis expensas».

En cuanto a las cargas privativas, responde de modo incondicional el patrimonio privativo de los cónyuges conforme al artículo 1.372 y de modo condicional la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, así como las cantidades donadas o prometidas si así se ha pactado y las obligaciones extracontractuales en determinados casos.

**VELASCO DE LA FUENTE, Mariano: «Aspectos jurisdiccionales en la nueva ley de arrendamientos rústicos». R.D.P., octubre 1982, págs. 912 y ss.**

La nueva Ley de 31 de diciembre de 1980 de Arrendamientos Rústicos, inspirada en considerar al arrendamiento como uno de los instrumentos para lograr la movilización de la tierra, tratar de conseguir un aumento de la productividad agraria y tratar de lograr la mayor idoneidad entre el empresario y el cultivo agrícola.

En materia procesal establece, especialmente, el conocimiento y resolución de las causas a la jurisdicción ordinaria, pero con carácter facultativo, establece una intervención conciliatoria en todas las cuestiones que guarden relación con la misma y en determinados supuestos con carácter previo preceptivo con fuerza ejecutiva en sus laudos cuyos trámites conciliatorios se atribuyen a las Juntas Arbitrales de Arrendamientos rústicos. Resulta claro, a juicio del autor, que la intervención facultativa viene delimitada por un fondo residual e incluso la composición de las citadas juntas.

La materia procesal propiamente dicha se centra en los principios jurisdiccionales atribuyendo estas cuestiones a la jurisdicción ordinaria, completándose con la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento civil y las orgánicas de los Tribunales. Tiene identidad completa con la Ley de Arrendamientos Urbanos e igualmente se establece el principio general de preferencia en la tramitación de los procedimientos.

La competencia territorial se establece en favor del juzgado del lugar en que se hallare la finca y si existieren varios se establece el turno de reparto.

Respecto a los montantes para determinar la cuantía, ésta viene determinada por el importe de la renta anual y en las aparcerías la cuantía se determina por la valoración de la aportación del litigio y subsidiariamente por el valor de la participación en la última liquidación anual.

La tramitación, representación y defensa deberá hacerse por abogado y procurador siempre que no haga uso del derecho a defenderse y comparecer por sí mismo.

La nueva ley permite especialmente la acumulación de acciones, así como la posibilidad de que varios arrendatarios o aparceros puedan utilizar la representación independiente.

La competencia funcional, y la objetiva preceden al examen de las cos-

tas procesales, en las que rige el principio o teoría del vencimiento objetivo, así como la llamada condena de futuro, en algunos supuestos como la conversión de aparcería en arrendamiento, la denegación de la prórroga del arrendamiento y de la aparcería.

Con el juicio crítico del autor alabando la nueva ley por atribución de la primera instancia a órganos unipersonales concluye el trabajo.

**COCA PAYERAS, Miguel: «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal». R. J. C., enero-marzo 1981, pág. 133.**

El estudio que sigue constituye la comunicación que el autor presentó a las Primeras Jornadas de Derecho Catalán celebradas en Tossa de Mar en el año 1981.

El trabajo realizado tiene por objeto, como indica el autor en la introducción, la reconstrucción histórica, la génesis del concepto de vecindad civil que acoge el vigente artículo 14 del Código civil.

El estudio consta de cinco apartados que se refieren, respectivamente, a la vecindad en la etapa precodificadora, en la primera redacción del Código civil el artículo 15,3 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, la reforma del 1974 y, finalmente, la reaparición de la vecindad administrativa.

El primer epígrafe que tiene por objeto la época anterior a la codificación, y con ella trata de demostrar claramente la irrelevancia de la vecindad en aras de la determinación del estatuto personal. Es el proyecto de Código civil de 1836 el primero que habla de vecindad o más concretamente de una definición de la misma.

El código civil, en su artículo 15, menciona la vecindad y completaban el tema, otros artículos como el 17 o el 25. A diferencia de la época anterior en una definición de la vecindad en la ley municipal, no existe tal criterio en esta época. En esta primera redacción del Código civil hay una discusión y amplio debate en el Senado con diversas enmiendas que el autor recoge tales como la enmienda Landecho, la del Marqués de Vadillo, éste en ardua y vigorosa polémica con Marcial González de la Fuente. Hacemos constar que se hace una especial enumeración de las distintas solicitudes de organismos catalanes y aragoneses envían con motivo del tema. Una última enmienda, la de Badarán, es objeto de estudio en el trabajo dentro de este apartado.

La vecindad civil del Código civil en su viejo artículo 15 es el examen del apartado III de este estudio, que dio origen, según el autor, a dos vecindades: una civil, en funciones de criterio para la averiguación del ordenamiento aplicable a un sujeto en el ámbito del Estado; otra, administrativa, como una de las formas de adquisición de la nacionalidad española.

La reforma del título preliminar de 1974 precede a la reaparición de la vecindad administrativa en el caso concreto como determinante del estatuto personal de Cataluña en su Estatuto de Autonomía. Concretamente así lo establece el artículo 7,2 al señalar que los «extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al derecho civil catalán mien-

tras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifestaran su voluntad en contrarios».

El sentido de esta norma es claro, se trata de llevar al ámbito del derecho civil catalán al mayor número de sujetos, pero al mismo tiempo es también clara su contradicción con el artículo 15,1 del Código civil.

**ELIYAHU HIRSHBERG, M. J. y D. M. Phil:** «El derecho monetario y el desafío de la inflación en nuestra era». R. D. P., octubre 1982, páginas 928 y ss.

Después de la Segunda Guerra Mundial los gobiernos de los países industrializados del Occidente se han preocupado en mayor escala de promover el crecimiento económico y una fuente total de trabajo que en mantener una estabilidad monetaria. Como resultado de ello, la inflación se ha convertido en el mayor problema de estos países. La inflación se percibe generalmente en los términos de su impacto económico. Sin embargo, la misma tiene una importante significación legal. De éstos surge la cuestión de si en un período de inflación el pago de los montos nominales estipulados en los contratos es un método equitativo de descargar las deudas monetarias.

La piedra fundamental del Derecho Monetario que prevalece en el mundo entero es el principio nominalista. El principio nominalista ha sido el supremo a partir del siglo xvi. Anteriormente el valor de la moneda en mercancía, como había sido desarrollado por los postglosadores, era el principio reinante. De acuerdo con este concepto, un individuo estaba interesado en adquirir moneda en términos de su valor relativo al oro y plata. Por esta misma razón se acuñaron monedas de un peso definitivo de estos metales preciosos.

El principio nominalista fue aceptado originalmente para servir los deseos de los monarcas absolutistas que normalmente estaban endeudados. Habiendo una seria inflación, se dice que existe un conflicto entre los intereses e intenciones de las partes de un contrato privado y la ley que mantiene el patrón nominalista. Tal conflicto puede llegar a desacreditar a la ley y enajenar a muchas personas de la estructura legal de la sociedad. Un ejemplo extremo fue la gran crisis que resultó de la gran inflación alemana de 1920-24.

Un segundo apartado dedican los autores a lo que llaman revaluación. Es éste el procedimiento por el cual los tribunales o la legislatura cambian los montos a pagar en las deudas, tomando en cuenta el valor en unidades de moneda. La revaluación es una solución de emergencia y no tiene como intención derrocar el nominalismo. La revaluación en Alemania fue determinada por legislación. Se aplicó esencialmente a hipotecas y bonos industriales. Se puede llegar a la conclusión de que es una solución arbitraria basada en las respuestas a una crisis.

Una tercera parte, al mismo tiempo final tiene por objeto el examen e investigación del valorismo. En efecto, el concepto del valorismo sostiene que el dinero es el medio de ordenar artículos y servicios y debe ser conside-

rado como un generalizado poder adquisitivo. Es un sistema o forma que no ha sido adoptado en ningún país como método general, sino simplemente como medio corrector.

**O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El video como objetivo de la propiedad intelectual». R. D. P., noviembre 1982, págs. 1011 y ss.**

Dos primeros apartados son dedicados a examinar las relaciones de la Propiedad Intelectual con el video a hacer una pequeña sinopsis de la ley y tratar de señalar la legislación aplicable mencionando la Ley de Túnez de 1976, no vigente en España, pero de un indudable interés desde el punto de «lege ferenda».

Una primera conclusión del autor le lleva a afirmar que el video se regula por la ley general de Propiedad Intelectual, la Ley de Cinematografía de 31 de mayo de 1966 y los Convenios Internacionales ratificados por España.

Se distingue entre tres clases de video: el videograma original, el videograma copia y el videograma compuesto. Seguidamente se dedica a estudiar la titularidad de la Propiedad Intelectual en general y en relación con el video. Asimismo, investiga sobre la figura del productor, sobre quiénes sean los autores y la transmisibilidad y subsiguiente transmisión, y la titularidad de la empresa del video.

El Registro público de empresas, la importación y la distribución, así como los expedientes para la autorización y licencia de distribución y venta de videogramas son objeto de disquisición en el apartado siguiente antes de entrar en el examen de los derechos del titular del video. Aquí se centra y enumera los derechos de explotación económica, el derecho de transmisión, el derecho a la protección de la propiedad intelectual para conectar con la intervención de la Sociedad General de Autores de España en toda la problemática que el video plantea.

Esta entidad en materia de video representará y recaudará los derechos económicos correspondientes a los autores frente a la empresa de video que tenga la explotación del videograma a no ser que aquéllos hayan transmitido a éstos sus derechos de autor; también se analizan los problemas que puedan plantearse por la actuación en videogramas extranjeros y españoles.

Dos apartados finales concluyen la presente investigación: la gama de problemas que origina las relaciones de los videos con Televisión tanto en el supuesto de producciones extranjeras como nacionales y propias, la cesión para explotación, las imágenes no producidas y la protección de la propiedad intelectual del video a través del campo civil, penal o administrativa. Finaliza con la protección policial y la que se produce en el campo internacional a través de los Estados extranjeros.

**VERGER GARAU, Juan:** «Algunos aspectos registrales de la Propiedad Horizontal». *R. J. C.*, enero-marzo 1981, págs. 237 y ss.

Es el presente trabajo una conferencia pronunciada por su autor en el Colegio de Abogados de Barcelona en el año 1979. El motivo de traerla aquí no es otro que el de después de haberla leído, haber quedado completamente satisfecho desde el punto de vista práctico con el magnífico trabajo que se nos ofrece.

Nueve apartados comprenden todo el temario abarcando desde el problema de la propiedad horizontal en sus relaciones con el Registro de la Propiedad hasta lo que el autor denomina propiedades horizontales complejas.

Después de analizar las causas del aumento cuantitativo de los supuestos de propiedad horizontal y el del número de inscripciones en el Registro de la Propiedad se entra en el examen de la insuficiencia normativa de la ley ante numerosos problemas y toda la gama de problemas derivadas de las inscripciones de los garajes. Hacemos constar que la investigación es anterior a la reforma del reglamento hipotecario de 1982.

En el apartado denominado cuestiones de prehorizontalidad se analizan las inscripciones de los edificios en construcción, la venta de pisos en esta situación y la venta de pisos construidos cuando se hace en documento privado.

Comprende igualmente toda la gama de contratos que dan origen en sus múltiples formas a la construcción de edificios.

En la inscripción de los Estatutos analiza desde las reglas más frecuentes pasando por la no participación de los locales comerciales en los gastos de ascensor, escalera y portería hasta la posibilidad de reserva por el titular de dividir y agrupar los diversos locales de negocio o pisos, incluso la reserva de vuelo en sus variados aspectos.

El título más amplio se dedica a investigar toda la problemática de los garajes y hacemos constar que muchos de los problemas y temas en el tratado han dado forma y configurado el artículo 68 del Reglamento Hipotecario actual modificado en 1982.

Otros problemas examinados son la hipoteca sobre todo el edificio, la distribución de la hipoteca entre los pisos en propiedad horizontal y la subrogación personal del adquirente.

Especial detenimiento tiene el caso de venta a un extraño de la portería del inmueble que se constituyó en tiempo como elemento común, así como la intercomunicación entre locales o viviendas de un edificio en régimen de PH con locales o viviendas de otro edificio colindante.

Los problemas que plantean los vestíbulos comunes a dos edificios, los sótanos pertenecientes a dos o más edificios y las servidumbres entre ellos y lo que el autor denomina las propiedades horizontales complejas son los últimos temas que se tratan en el trabajo reseñado. Tremendamente práctico y positivo.



**MARTIN-BALLESTEROS HERNANDEZ, Luis: «De la familia foral a la familia agraria; la explotación familiar rural y la protección a su integridad». R. D. P., noviembre 1982, págs. 1031 y ss.**

Con una introducción referida a la familia agraria y a la familia foral comienza el presente estudio, dedicado a uno de los temas más interesantes del derecho actual, tanto en sus aspectos patrimoniales como de derecho sucesorio. En efecto, la organización económica de la familia se proyecta en todo caso sobre la vertiente jurídica de la misma. En la dicotomía familiar rural, los sociólogos señalan como nota diferencial de la primera la de ser un grupo abierto, a diferencia de la urbana, que como se ha dicho, es más cerrada. Influye en ella, la menor densidad de población, la homogeneidad profesional y con ello la falta de diferenciación de funciones, el aislamiento geográfico, la uniformidad religiosa y la de ausencia de contrastes o claras diferencias de clase.

Otro de los rasgos fundamentales de la familia foral reside en el usufructo viudal universal en los ordenamientos de Navarra y Aragón o el conjunto de obligaciones del llamado a suceder en el patrimonio familiar.

La indivisibilidad en el Código civil da paso a las disposiciones que en el mismo cuerpo legal fomentan la unidad patrimonial. En dicho Código, no hay criterio para obtener un concepto definido sobre la rusticidad de las fincas, somete a una normativa común los bienes rústicos y urbanos, dedica un sólo precepto a la aparcería, a pesar de ellos hay atisbos de una legislación de carácter más social en el mismo. Hay normas que pretenden amparar la subsistencia de una empresa o negocio agrícola. Existen normas que tratan de la indivisibilidad, así el artículo 400 ó 401 del mismo, el artículo 821 del Código, que recoge que el supuesto de lega o sujeto a reducción, el artículo 1.062, el artículo 1.056 o toda la amplia gama de los retractsos.

Frente a estas normas de conservación hay otras que fomentan la disgregación, así, los gananciales, o el propio régimen sucesorio con la división de los bienes de la herencia en tercios. Por contra, la familia foral se basa en normas de mantenimiento de derechos eminentemente rurales y familiares. La familia se constituye como una verdadera y propia comunidad, determinada por la propia explotación y subsistencia de un patrimonio común.

En el orden sucesorio el mantenimiento de la indivisibilidad de la explotación agraria es una constante histórica que alcanza el valor de principio jurídico. En esta familia se sobreponen los intereses comunes se sobreponen a los intereses individuales de sus miembros.

Los derechos forales fueron elaborados en y por y para comunidades vitales integradas por familias. Cada uno de ellos ofrece un sistema orgánico y peculiar de instituciones familiares y sucesorias que sólo debidamente conjugadas manifiestan un hondo sentido social y económico.

Una nueva visión del problema se manifiesta en la Ley de 24 de diciembre de 1981, con el llamado pacto sucesorio, artículo 16 o las causas por las que puede ser resuelto el citado pacto, artículo 20, o bien el testamento incluso en su forma de mancomunado, su modificación o revocación en vida, la designación de sucesor mediante comisario.

**LEON ALONSO, José:** «El mandato de crédito». R. D. P., diciembre 1982, páginas 1075 y ss.

Una previa delimitación del tema distinguiendo el supuesto de una serie de figuras afines, da comienzo a esta investigación para seguir con las figuras típicas de la institución dentro del Derecho Romano. En éste, el autor alaba las figuras del Derecho romano, criticando de pasada la falta de esta figura típica en el derecho actual, lo cual hace que se carezca de una figura contractual típica que sirve para dar cabida y albergue al vacío que producen las frecuentes afinidades entre mandato y fianza. La figura la «*mandatum pecuniae credendae*» con toda la gama de matizaciones y precisiones que existieron en este derecho, no tuvo unos orígenes claros ni un desarrollo pacífico, sino que, antes bien, nació con unas características probablemente entorpecedoras de su propia finalidad y se desarrolló siempre dentro de unos estrechos perfiles institucionales.

El mandato de crédito en la actualidad está recogido en dos legislaciones pioneras de la institución como la alemana y la italiana, donde autores como Enneccerus y Messineo, respectivamente, lo definen con sus notas características. En este último derecho se encuentra asimismo recogido en el artículo 1958, donde son sus notas peculiares la obligación de acreditar por parte del obligado a virtud del propio encargo, la obligación del acreditado de satisfacer el importe de la cantidad acreditada, en vía principal y la obligación subsidiaria de cumplimiento una vez concedido el crédito. Una serie de figuras son desgranadas por parte del autor, tales como fianza y mandato de crédito, mandato de crédito y contratos preparatorios y mandato de crédito y mandato propiamente dicho.

Recogiendo el trabajo de Robles Alvarez de Sotomayor, se examinan una serie de requisitos que inevitablemente ha de tener esta figura, así en primer lugar y antes de entrar en ellos, su naturaleza jurídica, el examen y la investigación de los supuestos y elementos personales que ponen en marcha el mecanismo de la figura; las obligaciones que corresponden al mandato y que a veces actúa como mutuante, promitente o acreedor sin más, la figura del tercero, cuyas especiales prestaciones prestan un carácter singular y un interés peculiar a su situación en el complejo contractual elaborado.

Las relaciones particulares de esta figura se dividen en las siguientes partes: una, el contenido y actuación de la obligación del promitente, otra, el contenido y actuación de la obligación del promisorio y por último la figura del tercero frente al mandante y mandatario.

Las causas de extinción de este contrato son: la renuncia del mandatario, la revocación y la no aceptación del tercero de la concesión del crédito y ello crea una serie de consecuencias ciertamente peculiares.

Respecto a otras pretendidas causas de extinción, ni la realización efectiva del encargo, ni la definitiva falta por parte del mandante o mandatario, son supuestos auténticos de extinción, sino simples casos de cumplimiento o incumplimiento de cualquier relación obligatoria.

Como caso original el autor termina el caso conclusión extraída de dos casos prácticos en sentencias del Tribunal Supremo.

**ELIYAHU HIRSCHBERG, M. J. y M. Phil Ph.: «Cláusulas de valor oro y fuga de moneda». R. D. P., diciembre 1982, pág. 1115.**

Los autores que son especialistas del tema tratan en cuatro páginas del tema de la moneda como ya han hecho con anterioridad. Señalan que las autoridades políticas influyen en el derecho privado a través de toda la legislación que regula la inflación y la devaluación.

De acuerdo con el principio nominal ésta se presume que el valor de las unidades de moneda es estable e inafectado por los fenómenos monetarios.

Cualquiera que sean los justificantes prácticos o teóricos de este principio, el mismo crea una ficción que no corresponde a los hechos de la vida presente.

La inflación es un incidente casi necesario de dinamismo económico. En tanto que vivimos en un mundo dinámico nos agobiarán problemas monetarios. Sin embargo, la literatura legal aún no presta atención a este fenómeno de interferencia indirecta en los derechos e intereses privados, hechos en una gran escala.

Dentro de la ley se pueden encontrar soluciones parciales para los grandes problemas y la crisis. Se pueden llevar a minimizar las crisis monetarias y sus efectos a través del recurso a soluciones legales.

Las cláusulas de valor oro se incluyen en los contratos con el propósito de proteger a las partes de los cambios en el valor de la moneda nacional en términos de oro. Puede decirse que el acreedor sobre tales cláusulas sólo realiza una ganancia inesperada, dado que el valor doméstico de la moneda no cambia en la misma medida como su valor externo. En los Estados Unidos se produce la anulación de estas cláusulas, pero con la finalidad arrolladora para facilitar la devaluación del dólar.

La situación presente como las condiciones han cambiado. El orden público ha debido ser flexible en sus reproches y debe cambiar con el paso del tiempo y de las circunstancias. En marzo de 1968 se estableció el precio del oro. A partir de 1973 el precio del oro ha ido siempre en aumento en el mundo. Las nacionalizaciones y una inestabilidad general reforzó la confianza en el oro.

La fuga de la moneda es un fenómeno muy antiguo. Pánicos monetarios se expanden con gran rapidez.

La cláusula valor oro se utilizó como arma defensiva. Es un arma defensiva de primera magnitud.

La razón principal de esta discusión ha sido la de demostrar que las cláusulas valor oro pueden aportar a las autoridades monetarias un arma importante con la cual contrarrestar la presión especulativa y la fuga de la moneda. Una solución legal podrá, en ciertas circunstancias, minimizar las crisis monetarias.

**HERRERA CAMPOS, Ramón:** «La filiación no matrimonial tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981». R. D. P., enero 1983, págs. 3 y ss.

Nos encontramos ante uno de los trabajos más claros, completos y perfectos que sobre la materia se han escrito después de la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981. La problemática se estudia con una precisión y una claridad dignas de mención y sobre todo con una sencillez exenta de pretensiones, pero perfectamente documentada.

El tema, como dice el autor, es de una importancia básica y a la vez es uno de los más cargados de humanidad. El estudio, que es casi una monografía, se compone de seis grandes apartados. La filiación no matrimonial estudiada a través de su concepto, sus clases, la determinación, y dentro de ésta la sentencia firme, con su legitimación activa y pasiva y el plazo para el ejercicio de la acción es el primer apartado, tras las consideraciones previas. Hay una nota interesante, el autor no habla de hijos ilegítimos, sino de padres ilegítimos, dato que a nuestro juicio es muy importante, como igualmente las vicisitudes por las que pasó el no nato artículo 160 sobre la posibilidad de que el hijo no matrimonial viva en el hogar conyugal.

El reconocimiento de la filiación no matrimonial se examina en el apartado siguiente y en él, se trata del concepto, caracteres, las clases de reconocimiento, los sujetos, las formas, las clases y el tema del consentimiento del mayor de edad, del representante del menor o incapaz y la aprobación judicial. Se desliza un error en cuanto al reconocimiento en documento público y también al momento en que ha de surtir efectos el testamento, pues se olvida la obligación de enviar testimonio al encargado del Registro Civil.

La investigación de la paternidad es objeto de dos apartados, uno, dedicado a la investigación de la paternidad propiamente dicha con sus consecuencias más directas como la declaración judicial de paternidad o la imposición judicial de la misma, así como el examen de la evolución histórica, a través de la jurisprudencia del T. S., el movimiento codificador, y las Constituciones. El otro apartado de la investigación de la paternidad se dedica a investigar los criterios seguidos por las diferentes legislaciones, dentro de la prohibición absoluta de la misma o una prohibición con amplias excepciones, o hasta el examen de las legislaciones más permisivas.

El temario concluye con los aspectos procesales de la investigación de la paternidad, ciñéndose al tema en cuanto a la jurisdicción y competencia, capacidad y legitimación, postulación, demanda, prueba, pruebas biológicas, la sentencia y los posibles recursos.

**PERLINGIERI, Pietro:** «Aspectos problemáticos del Derecho de Obligaciones». R. D. P., enero 1983, págs. 58 y ss.

El presente estudio constituye la conferencia dada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, el día 20 de octubre de 1981.

Tras de afirmar que el campo del derecho de obligaciones es sin duda

el más dificultoso del Derecho debido a su tecnicismo y complejidad, presentándose hoy en día como el más problemático para todo tipo de operadores del derecho.

Se caracteriza especialmente por dos aspectos fundamentales; la necesidad de proceder a un continuo refinamiento de sus conceptos y de sus definiciones típicas y la adecuación de estas nociones a las nuevas opciones de la totalidad del ordenamiento jurídico.

Debe precisarse que también esta parte del derecho se halla sujeto a una etapa de desarrollo y de cambio y sobre todo en España debido a los nuevos valores que el ordenamiento jurídico ha asumido en nuestra patria con la Constitución de 1978. Hay que pensar en multitud de aspectos que adquieren una nueva virtualidad e importancia en la medida en que es diversa la vida y su filosofía en la Constitución con la filosofía de la vida que precedió a la Constitución.

Se hace igualmente precisa una nueva conexión entre el derecho de obligaciones y los derechos reales.

Una segunda conexión necesaria atañe a las fuentes de las obligaciones y en especial también a las fuentes del derecho civil. Una nueva integración de las obligaciones, de la relación patrimonial, y de la teoría del negocio de la autonomía negocial. Piénsese igualmente en la confusión de las obligaciones en cuanto que las más de las veces son relaciones o mejor aún situaciones o relaciones patrimoniales. Es igualmente importante determinar el título de la obligación, su causa, su regulación.

Por otro lado, la teoría del negocio jurídico no puede ser estudiada únicamente desde el punto de vista estructural. El negocio no es solamente su aspecto externo o preferentemente la declaración de voluntad, sino que sustancialmente es una regulación de intereses, Así se define en la más reciente doctrina italiana.

En síntesis, no aparece ya ante la atención del jurista una obligación unitaria, sino una pluralidad de obligaciones.

Esta perspectiva dinámica y evolutiva, asume una mayor importancia que la perspectiva estática.

Por otro lado, la falta de simetría y paralelismo entre las fuentes constitutivas de la obligación y las causas de modificación es una nota nueva y discordante.

En conclusión, la obligación no es siempre una noción idéntica, neutral, atécnica, ahistórica, es una noción sensible a la noción de fondo del ordenamiento.

# JURISPRUDENCIA

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### **LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS PARA LEGISLAR SOBRE SU PATRIMONIO Y LIMITES DE LA MISMA. LOS INMUEBLES VACANTES PERTENECEN AL ESTADO Y NO A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS**

(Sentencia número 58/1982 de 27 de julio del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 74/1982)

#### 1. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 9 de marzo de 1982, el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 11/1981, de 7 de diciembre, de Patrimonio de la Generalidad.

Previo cumplimiento de los trámites previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional dictó sentencia, por la cual estimó parcialmente el recurso y declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el artículo 11 de la citada Ley 11/1981 de la Generalidad.

#### 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se considera que los aspectos relevantes de esta sentencia desde el punto de vista jurídico-privado son los siguientes:

a) *Competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su patrimonio y límites de la misma:*

Señala el Tribunal Constitucional que «la norma de la que más directamente cabe derivar la competencia de la Generalidad para legislar sobre su propio Patrimonio es la contenida en el apartado primero, párrafo número 1, del artículo 10 del Estatuto, es decir, aquella según la cual le corresponde en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen jurídico y sistema de responsabilidad de la Administración de la Generalidad y de los Entes públicos dependientes de ella. Es esta competencia la que hay que entender especificada por referencia concreta al Patrimonio en el artículo 43.2 del Estatuto» (1).

Pero, el propio Tribunal precisa que: «Así entendida, esta competencia tiene como límites generales los que impone la reserva al Estado de la com-

---

(1) Los subrayados son nuestros.

potencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18ª de la Constitución). Dentro de ellos el Parlamento de Cataluña dispondrá de mayor o menor libertad, según la materia concreta que la Ley regule. En unos casos (por ejemplo, al establecer la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales como efectivamente ha hecho, y en otros extremos) deberá respetar la legislación civil, que es competencia exclusiva del Estado; en otros podrá optar entre distintas soluciones en cuanto no colidan con normas básicas del Estado (por ejemplo, en materia de concesiones de dominio público), y en otras, por último, podrá resolver con mayor libertad en razón de su potestad de autoorganización (arts. 9.1 y 10.1 EC).

El reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su Patrimonio suponía asimismo tener en cuenta dos preceptos relacionados con esta materia:

— El primero es el apartado 3.º del artículo 132 de la Constitución, según el cual: «Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación».

Este artículo es interpretado así por el Tribunal Constitucional: «el apartado 3.º del artículo 132 de la Constitución no es una norma atributiva de competencia, sino una reserva de Ley... y que la norma en cuestión, en el Estatuto de Cataluña (art. 43.2) como en la propia Constitución, debe ser entendida fundamentalmente como una reserva de Ley y no como atributiva de una competencia».

— Y el segundo precepto a tener en cuenta era el artículo 17, apartado e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, según el cual: «Las Comunidades Autónomas regularán por sus órganos competentes, de acuerdo con sus Estatutos, las siguientes materias: ... e) El régimen jurídico del patrimonio de las Comunidades Autónomas en el marco de la legislación básica del Estado».

Esta norma, según el Tribunal Constitucional, debe entenderse de acuerdo con la doctrina expuesta, y, como todos los preceptos de la LOFCA, «ha de interpretarse armónicamente con las normas de los respectivos Estatutos, según establece su Disposición Final».

Por lo demás, estas bases estatales «han de ser inducidas de la legislación existente», según la doctrina ya establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de julio de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 40/1981, sin que sea necesario, por tanto, que las mismas hayan sido formuladas expresamente como tal «legislación básica», si bien ello es sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas, las cuales entonces también serían aplicables a las Comunidades Autónomas.

b) *Los inmuebles vacantes pertenecen al Estado y no a las Comunidades Autónomas:*

Los argumentos en que se basa el Tribunal Constitucional en este punto son los siguientes:

«Una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio

Patrimonio y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporarán a éste, sino al de la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por Entidades o por particulares.

El derecho sobre los bienes ocupados o retenidos sin título válido es una derivación de la vieja regalía, como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10,22,6) al referirse a «los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona...». Con la objetivación del poder y la fusión de los derechos mayestáticos en la noción única del poder soberano, este derecho pasa al Estado, traslación que entre nosotros se opera de manera positiva mediante la Ley de 9 de mayo de 1835 (Colección Legislativa, tomo XX, página 173). En cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes podrían, en principio, ser admitidos a Entes distintos de la Administración Central, pero el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución».

### 3. COMENTARIO

#### a) *El Derecho Administrativo y el Derecho Civil en el estudio de los bienes de titularidad pública:*

El estudio detenido de los bienes cuya titularidad corresponde a los entes públicos (de dominio público, comunales y patrimoniales) se viene realizando en el seno de la disciplina del Derecho Administrativo.

Así, los civilistas, cuando se refieren al contenido del Código Civil, suelen aludir a los bienes de dominio público como una de las materias que están reguladas en él sin ser Derecho Civil o por lo menos sin ser exclusiva de él (2). No obstante, en las obras de esta disciplina suelen tratarse algunos aspectos de los bienes de titularidad pública, fundamentalmente lo relativo a la enumeración de los mismos, lo cual se realiza al estudiar las distintas clases de cosas y los artículos 338 a 345 del Código Civil, así como lo relativo a la ocupación de los inmuebles vacantes, lo cual se lleva a cabo al tratar de ese modo de adquisición de la propiedad.

Por ello han quedado fuera de este comentario aquellos aspectos de la sentencia que se refieren a cuestiones que tradicionalmente son objeto de estudio exclusivo por el Derecho Administrativo, tales como los relativos a la desafectación y mutación demanial de los bienes transferidos por el Estado a la Generalidad y la consideración de utilidad pública de las cesiones de bienes patrimoniales inmuebles que se hagan a los Estados extranjeros para actividades culturales de acuerdo con los convenios o tratados firmados por España.

---

(2) En este sentido, y por todos, ALBALADEJO, «Derecho Civil», pág. 9, tomo I, vol. 1.º, 6.ª edic., 1978.



b) *La competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su propio Patrimonio y el respeto a la legislación civil:*

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional afirma que ni el artículo 132, apartado 3.º, de la Constitución, ni el artículo 17.e) de la LOFCA, son un obstáculo para afirmar la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre su propio patrimonio en los términos resultantes de los respectivos Estatutos de Autonomía.

Ahora bien, si en principio las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar sobre su propio patrimonio, la misma tiene unos límites, de los cuales interesa destacar como más importante a nuestros efectos la afirmación del Tribunal Constitucional de que las Comunidades Autónomas al establecer la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales y en otros extremos, deberán respetar la legislación civil, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.ª de la Constitución).

Debe observarse cómo el Tribunal Constitucional afirma que la dicotomía entre bienes demaniales y patrimoniales debe respetar la legislación civil que es competencia exclusiva del Estado, sin que realice ninguna salvedad en favor de las Comunidades Autónomas que tengan derecho foral, de lo cual se desprende que el establecimiento de la mencionada dicotomía no es materia que pueda ser regulada por las Comunidades Autónomas con derecho foral al amparo de «la conservación, modificación y desarrollo» de que habla el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Ello implica que el Tribunal Constitucional no acepta la tesis «foralista» conforme a la cual los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas con derecho foral pueden legislar sobre cualquier materia civil que no sea una de las expresamente exceptuadas por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución y reglas concordantes del propio artículo 149.1 (3).

c) *Los inmuebles vacantes pertenecen al Estado y no a las Comunidades Autónomas:*

El otro aspecto de esta sentencia con repercusión en el Derecho Civil es el relativo a la pertenencia de los inmuebles vacantes al Estado y no a las Comunidades Autónomas.

El precepto controvertido era el artículo 11 de la citada Ley del Patrimonio

---

(3) Excedería del objeto de este comentario el estudio de la polémica existente sobre la interpretación que deba darse al término «desarrollo» utilizado en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Sólo destacar que, frente a las tesis «foralistas», y ya en 1979 durante las jornadas de estudio que sobre la Constitución y las fuentes del Derecho organizó la Dirección General de lo Contencioso del Estado los días 21 al 25 de mayo, P. DE ELIZALDE Y AYMERICH señaló cómo «el «desarrollo», a que la Constitución se refiere, no puede suponer su extensión a instituciones ajenas, que, por ello, ya han quedado sometidas al Derecho general, sino exclusivamente al complemento de la regulación de instituciones propias forales. Este complemento podrá suponer, en algún caso, la aplicación del régimen foral a instituciones conexas a las privativas, pero sólo cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular, diferente de la que correspondería al amparo del Derecho general» («La Constitución Española y las fuentes del Derecho», IEF, volumen II página 756).

de la Generalidad, a cuyo tenor: «La Generalidad puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. En este supuesto corresponderá a la Generalidad la prueba de su derecho y los detentadores o poseedores no podrán ser inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio por sentencia firme».

Esta norma guarda un evidente paralelismo con el artículo 22 de la Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 1.022/1964, de 15 de abril). Sin embargo, llama la atención el que la Ley del Patrimonio de la Generalidad no haya recogido también otro precepto equivalente al artículo 21 de la Ley del Patrimonio del Estado (a tenor de cuyo párrafo primero: «Pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuviesen vacantes y sin dueño conocido»). Y no menos extrañeza causa la discordancia que en las interpretaciones de este artículo 11 de la Ley del Patrimonio de la Generalidad existió entre los representantes del Consejo Ejecutivo de la Generalidad y del Parlamento catalán; así, mientras para este último la norma era puramente procedimental y no atribuía derecho alguno, en cambio para la representación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad tal precepto implicaba la atribución a la Generalidad de los mostrencos en su territorio.

El Tribunal Constitucional, después de afirmar que la naturaleza atributiva del precepto es incuestionable, lo declara inconstitucional y, por tanto, nulo en base a los argumentos ya expuestos. En este punto deben destacarse los siguientes aspectos:

En primer lugar, *el Tribunal Constitucional no ha utilizado el posible razonamiento de considerar la atribución al Estado de los inmuebles vacantes como un modo de adquirir regulado por el Derecho Civil y que, por tanto, podría considerarse que forma parte de la legislación civil que es competencia «exclusiva» del Estado.*

Ello supone que el Tribunal Constitucional ha aceptado implícitamente que «ocupación» y «adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes» son dos modos distintos de adquirir la propiedad, el primero recogido en el párrafo primero del artículo 609 del Código Civil y el segundo realizado al amparo del mismo artículo 609 cuando establece que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley...». Esta distinción entre ambos modos de adquirir está además recogida en la citada Ley del Patrimonio del Estado (arts. 19, 1.º y 5.º, 21 y 22 y 26).

Por tanto, de lo establecido por el Tribunal Constitucional se desprende que la adquisición por el Estado de los inmuebles vacantes es un modo de adquirir establecido en la Ley y vinculado al concepto de soberanía cuya titularidad corresponde al Estado, y que, por tanto, tal modo de adquirir la propiedad se sitúa en una órbita distinta al concepto de «legislación civil» del artículo 149.1.18.º de la Constitución.

En segundo lugar y, como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional admite que «los bienes vacantes podrían, en principio, ser admitidos a Entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución».

En este sentido, *nada obstaría a que en nuestro Derecho se llegase a una situación similar a la del Derecho alemán*, en el cual y según el parágrafo 928 del EGB: «el derecho a la apropiación de la finca abandonada corresponde al Fisco del Estado federado en cuyo territorio está situada la finca» (4).

Por último, debe señalarse que *la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña sobre adopción, integración en el ordenamiento jurídico catalán y modificación de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña ha establecido que sea la Generalidad de Cataluña quien herede en último lugar en la sucesión intestada, en lugar del Estado* (art. 248).

A este respecto hay que señalar la analogía existente entre los bienes atribuidos al Estado como «vacantes» y como «heredero abintestato». En este sentido, el Code civil francés establece en su artículo 539 que: «todos los bienes vacantes y sin dueño, y los de las personas que fallecen sin herederos, o cuando las sucesiones son abandonadas, pertenecen al dominio público» (5).

Ahora bien, nuestro Código Civil no ha confirmado la sucesión del Estado como una manifestación del dominio eminente vinculado a la soberanía, al modo del Code civil, sino como un auténtico derecho sucesorio (art. 957 del Código Civil: «Los derechos y obligaciones del Estado... serán los mismos que los de los demás herederos»). Y, la Ley del Patrimonio del Estado deslinda perfectamente la adquisición de bienes vacantes por el Estado (artículos 19, 21 y 22), de los derechos del mismo como heredero abintestato (art. 24 párrafo 2.º: «La sucesión legítima del Estado seguira rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias»).

Ello supondría que, mientras la adquisición de bienes vacantes por el Estado es un modo de adquirir vinculado al concepto de soberanía y situado en un plano distinto del concepto de «legislación civil» del artículo 149.1.18.º de la Constitución y, por tanto, es una materia sobre la que no podrían legislar ni tan siquiera las Comunidades Autónomas con derecho foral, en cambio, la sucesión abintestato del Estado sí sería materia propia de la «legislación civil» que podría, eventualmente, ser objeto de «conservación, modificación o desarrollo» por las Comunidades Autónomas donde exista derecho foral (6).

JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ CARBAJO  
Abogado del Estado

(4) «Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt», BGB, C. H. Beck, München, 1984.

(5) «Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public», Code Civil, Dalloz, 1982-83.

(6) Sobre algunos de los aspectos de este último apartado, pueden verse los estudios de G. GARCÍA CANTERO: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado», en el núm. 47 de la R. A. P., y de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: «La sucesión abintestato en favor del Estado», en el número 18, fascículo II, de este ANUARIO.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **LA FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO**

(Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983)

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad de Deusto

MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ

Profesor de Derecho del trabajo de la Universidad de Deusto

Los comentarios que siguen se refieren a dos sentencias del Tribunal Supremo. Se formulan conjuntamente en razón a la gran semejanza existente entre los supuestos contemplados por ambas resoluciones, por cuanto en las dos se trata de contratos de ejecución de obra (redacción de proyectos por sendos arquitectos) y en las dos hubo una cierta frustración de la finalidad perseguida por los correspondientes comitentes o clientes.

#### I. EL CASO CONTEMPLADO POR LA SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1983. MOTIVOS DE CASACION Y PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona formuló demanda de juicio de mayor cuantía don Pedro Guilera Oliva contra don Vicente Bardina Asensio.

La demanda se basaba en los hechos siguientes: El demandado encargó al actor, el 1 de diciembre de 1973, la realización de un proyecto y dirección de la construcción de un edificio plurifamiliar en un lugar determinado de Santa Coloma de Gramanet. Realizado el proyecto conforme al encargo y suscritas las copias del mismo por el demandado en prueba de conformidad, se pasaron las mismas al Colegio de Arquitectos correspondiente, donde fueron visadas a fin de que se procediera al cobro de la minuta. Girada ésta, el demandado no la satisfizo, a pesar de los varios requerimientos del arquitecto y del Colegio. En consecuencia, se reclamaba su pago, por 345.690 pesetas, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, con las costas.

El demandado contestó a la demanda oponiéndose a ella en base a lo siguiente: El actor tenía que realizar el proyecto y don Carlos Ribó Blanco, arquitecto también, debía dirigir las obras, existiendo entre el demandado y el señor Ribó una antigua y continuada relación. No había existido entre el demandado y el actor ninguna relación y ningún trato directo, de suerte que el encargo fue

obtenido por el señor Ribó y no por el actor. Se decía que todo encargo a un arquitecto lleva como premisa el estudio de las posibilidades de construcción, que se traduce en el conocimiento previo de la normativa urbanística. El actor —se añadía— elaboró un proyecto de pura «arquitectura-ficción», por resultar contrario a la normativa legal y por tanto por no poder obtenerse la preceptiva licencia de obras. Se aducía que el proyecto pretendía edificar un ochenta por ciento más de lo que permitía el terreno disponible. En consecuencia, el proyecto era inaprovechable por culpa atribuible sólo a su autor, es decir, el demandante. La finca venía afectada por los viales que disminuían su superficie edificable desde la aprobación del plan comarcal de Barcelona. El solar —decía el demandado— era totalmente inedificable y por tanto el proyecto no tenía que haberse realizado, teniendo conocimiento anticipado de todo ello el demandante, pues cuando se presentó el proyecto en el Colegio de Arquitectos ya se había abierto la información pública del citado plan urbanístico. Se alegaba también que aunque el demandado hubiera encargado al actor un proyecto de construcción, al ser el mismo irrealizable o totalmente inadecuado queda el demandante desautorizado para pretender percibir honorarios. Se decía asimismo que para el supuesto de que no se aceptara la anterior oposición se debía alegar plus petición, por exceso en el cálculo de honorarios. Se invocaban también las excepciones procesales de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al señor Ribó, y de prescripción, por haber transcurrido tres años desde la última reclamación extrajudicial.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda.

Recurrida esta resolución, la Audiencia Territorial la revocó parcialmente y estimando también en parte la demanda condenó al demandado a pagar al actor la cantidad de 172.845 pesetas, sin intereses.

El demandado interpuso recurso de casación al amparo de los siguientes motivos:

PRIMERO: *Causa*. Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Precepto y doctrina legal infringida*. Se denuncian como infringidos el artículo mil quinientos cuarenta y cuatro del Código civil, en relación con las Sentencias de esta Sala de fechas siete de octubre y once de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, y con el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del propio Código civil. *Concepto de la infracción*. Se denuncian infringidos los expresados preceptos y doctrina legal, por violación, en su aspecto negativo, es decir por su no aplicación. *Desarrollo del motivo*. Partimos de un hecho declarado aprobado en la Sentencia recurrida (y coincidente en un todo con la Sentencia de Primera Instancia): Que el proyecto desarrollado por el actor, fue edificable (mejor diríamos, fue realizable) hasta la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana y Territorial de la Comarca de Barcelona en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, pero que al ser presentado en el Colegio Oficial de Arquitectos para su «obligado» visado antes de su presentación ante el órgano administrativo competente que debía conceder, con base en él, la oportuna licencia de edificación, y obtener dicho visado en veintitrés de abril siguiente, *devino irrealizable*. Esta extemporaneidad en la ejecución y cumplimiento del encargo que había sido confiado al actor en su condición de Arquitecto, provocó el que el demandante, digo, demandado no llegara a retirar del Colegio de Arquitectos el proyecto elaborado, puesto que por la

tardanza en su confección, con él no se podía obtener la licencia de obras perseguida y, por lo tanto, no podía tenerse por cumplida la gestión confiada al Arquitecto, al haber quedado cerrado con fecha veintinueve de marzo anterior, al aprobarse inicialmente el nuevo Plan General de Ordenación, la normativa precedente y vigente que posibilitaba hasta dicha fecha la construcción en el solar propiedad del Sr. Bardina (recurrente) y que a partir de la misma y por expresa disposición y normativa emanada de dicha aprobación inicial, prohibía toda construcción y actuación edificatoria en él.

**SEGUNDO: Causa.** Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Doctrina legal infringida.* Se denuncia como infringida la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencias de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y tres, treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y tres y veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y uno, en relación a la correcta aplicación de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». *Concepto de la infracción.* Se denuncia como infringida la doctrina antes citada, por aplicación indebida que de la misma se hace en la Sentencia recurrida. *Desarrollo del Motivo:* Partimos igualmente de las propias premisas sentadas en la Sentencia que recurrimos: Uno «... por lo que un hecho sobrevenido e imprevisible (la aprobación inicial en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro del Plan General de Ordenación) como el expuesto, cuando ya prácticamente tenía concluso o a punto de terminar el laborioso trabajo encomendado, no puede privarle de su legítimo derecho a ser retribuido» (párrafo final del tercer Considerando). Es decir, la Sentencia estima que al caso litigioso es de aplicación la cláusula «rebus sic stantibus» al amparo de la cual se reconoce al actor el derecho a percibir el cincuenta por ciento de sus honorarios. Y reputamos que se ha infringido por «aplicación indebida» la citada doctrina, puesto que en el caso litigioso no se dan las premisas, el estudio, ni base alguna para poder hacer uso de esta excepcional medida revisoria.

**TERCERO: Causa.** Al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Precepto legal infringido.* Se invoca error de derecho en la apreciación de la prueba, al afirmarse que la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbana de la Comarca de Barcelona en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, constituyó una sorpresa o circunstancia imprevisible para el Arquitecto demandante, lo que viola por inaplicación el artículo treinta y siete de la Ley de Régimen de Suelo y de Ordenación Urbana de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis. *Concepto de la infracción.* Se basa el presente motivo en error de derecho y se cita como precepto infringido —por el concepto de violación negativa o no aplicación— el artículo treinta y siete de la Ley de Suelo de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis. *Desarrollo del motivo.* En el enunciado dejamos ya expuesta la base o punto de partida del presente motivo. La Sentencia recurrida declara que la aprobación del Plan General (aprobación inicial) en fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, con los efectos de la suspensión de licencias de edificación que afectó de lleno al proyecto elaborado por el actor, «constituyó una sorpresa o circunstancia imprevisible para el Arquitecto demandante». Se ha incidido en grave error de derecho con tal declaración, al ignorarse el contenido del artículo treinta y siete de la Ley del Suelo de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

**CUARTO: Causa.** Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Precepto*

*infringido*. Se denuncia como infringido, por aplicación indebida, el artículo tercero, párrafo dos, del Código civil. Concepto de la infracción. Por aplicación indebida. *Desarrollo del motivo*. En apoyo de la aplicación de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», se invoca por la Sala del artículo tres, número dos del Código civil. Y la cita e invocación de tal precepto lo ha sido con infracción de ley, a criterio de esta parte. Infracción de ley, por aplicación indebida, puesto que, el citado artículo en su párrafo segundo establece que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita». En el presente caso, ya hemos dicho que la razón en que descansa la revocación de la sentencia de primera instancia no es otra que la aplicación indebida —dicho sea con todos los respetos— de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». Sin duda alguna, conocedora la Sala de la precariedad de la aplicación de tal doctrina para sostener su tesis en favor del actor, la refuerza con la invocación «al principio de la equidad que establece el artículo tres, número dos del Código civil». Ya hemos visto la impropiedad de la aplicación de aquella doctrina. En el presente motivo queremos igualmente demostrar la inaplicabilidad del principio de equidad. Inaplicabilidad al caso de autos, por cuanto el propio precepto invocado y recogido en la Sentencia nos habla de que «las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita». Y en nuestro caso, no se cita ni hemos encontrado ningún precepto con el que poder complementar el artículo tres del Código civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don José Luis Albacar López, dictó sentencia declarando haber lugar al recurso. Son dignos de interés los siguientes *Considerandos*:

CONSIDERANDO: Que promovida por don Pedro Guilera Oliva ante el Juzgado de Primera Instancia número seis de Barcelona demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don Vicente Bardina Asensio en reclamación de los honorarios que el primero alegaba ser debidos por el segundo a consecuencia de un proyecto de edificio plurifamiliar encargado por el demandado al actor, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos ochenta y uno recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado de Primera Instancia, se condenaba al demandado a pagar al demandante la suma de ciento setenta y dos mil ochocientas cuarenta y cinco pesetas, sentencia contra la que el demandado interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley, y en la que se sientan, entre otros, los siguientes fundamentos fácticos: A) que, según resulta de la hoja de encargo firmada por ambos litigantes, con fecha uno de diciembre de mil novecientos setenta y tres, el demandado don Vicente Bardina Asensio encargó al actor don Pedro Guilera Oliva, en su calidad de arquitecto colegiado, la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar, sin fijación de plazo alguno, cuyo proyecto, una vez terminado en marzo de mil novecientos setenta y cuatro, junto con la memoria y planos correspondientes, firmadas las copias por los citados interesados, se pasaron las mismas con fecha veintitrés de abril del indicado año al Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña y Baleares, donde fueron visados, a fin de que procediera al cobro de los honorarios correspondientes. B) Que el proyecto en cuestión en su perímetro correspondiente a la situación y calle que en él se señala, fue edificable hasta la aprobación del Plan General de Orde-

nación Urbana y Territorial de la Comarca de Barcelona en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso se formula al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciándose, como infringidos «el artículo mil quinientos cuarenta y cuatro del Código civil en relación con las sentencias de esta Sala de siete de octubre y diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, y con el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del propio Código civil», alegándose por el recurrente que la obra objeto del contrato de arrendamiento no fue realizada, al devenir irrealizable antes del obligatorio visado de proyecto por el Colegio Oficial de Arquitectos, motivo este que deberá ser estimado, toda vez que si se parte de la base de que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de diez de junio de mil novecientos setenta y cinco, «de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal (Sentencia, entre otras, de cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta) radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra», es obvio que, en el caso que nos ocupa, habiéndose obligado el actor recurrido, al afirmar la hoja de encargo y en su calidad de arquitecto, a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar, el contrato habrá de ser calificado como de arrendamiento de obra o empresa, contrato que, según doctrina de este Tribunal no consiste, pura y simplemente en la ejecución de un encargo con abstracción absoluta de la finalidad deseada por los estipulantes, sino que, por el contrario, es aquel por el cual una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente) mediante precio a la obtención de un resultado (opus) (sentencia veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro), y en el presente supuesto, habida cuenta que, según resulta acreditado en autos, y así declara la resolución recurrida, en el momento en que el proyecto cuestionado obtuvo su obligado visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Barcelona —abril de mil novecientos setenta y cuatro—, *había ya devenido irrealizable, por haber variado el veintinueve de marzo del mismo año el Plan General de Ordenación Urbana y Territorial de la Comarca de Barcelona, no cabe duda que el tantas veces aludido proyecto, en tal momento, no podía ya ser reputado viable, y, en su consecuencia, no respondía a la finalidad contemplada* por los litigantes en el momento en el que se suscribió el contrato de arrendamiento de obra, por lo que, correspondiendo al arquitecto correr con los riesgos de perecimiento del proyecto hasta el momento mismo de su entrega al comitente, no cabe duda de que habrá de estimarse no entregado válidamente y, consiguientemente, cesará la correlativa obligación de pago por parte del demandado recurrente, por lo que al no entenderlo así la resolución que se recurre infringe el precepto y la doctrina jurisprudencial alegados, procediendo, en su consecuencia, la estimación del motivo.

CONSIDERANDO: Que la estimación del motivo primero, que hace innecesario el estudio de los restantes, comporta la del recurso en el mismo fundado y consiguiente casación de la sentencia recurrida, sin expresa condena de costas a ninguna de las partes y sin que proceda hacer declaración alguna respecto al depósito, que, por no ser conformes las anteriores sentencias, no llegó a ser constituido



Por su segunda sentencia, el Tribunal fallaba que debía confirmar y confirmaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda, en base al siguiente *Considerando*:

CONSIDERANDO: Que, como acertadamente razona la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el actor no puede reclamar válidamente los honorarios devengados por el proyecto al demandado puesto que, al ser irrealizable la posible edificación objeto de aquél, consiguientemente, no haberse realizado la contraprestación útil que le correspondía, no puede ser exigible el importe de los honorarios, razón por la que procede la desestimación de la demanda, sin que haya lugar a la condena a las partes de las costas causadas en ninguna de las sentencias.

## II. LA SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1983

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Castellón de la Plana interpusieron demanda de juicio de mayor cuantía don Ricardo González Barranca y don José Luis Molina Bertet contra don Alfredo Porcar Bigorra y su esposa, ésta a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario y contra Ciudad Satélite de Madrid, S. A., declarada en rebeldía.

Se basaba la demanda en los hechos siguientes: Los demandantes, arquitectos, fueron encargados por don Alfredo Porcar Bigorra, en nombre de Ciudad Satélite de Madrid, S. A. de la realización de determinados trabajos profesionales, que en su día fueron visados por el Colegio. Los honorarios fueron fijados por el Colegio en 3.152.046 pesetas. Se añadía que el proyecto en cuestión estaba a disposición de los demandados en el citado colegio profesional, sin que éstos hubieran hecho efectivos los honorarios.

Se suplicaba sentencia por la que se declarase que los demandados, solidariamente, adeudan a los actores la suma citada y se les condenase al pago de la misma, más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

Los demandados se opusieron a la demanda en base a las alegaciones que se desprenden de los *Considerandos* de la sentencia del Supremo.

Seguido el pleito en todos sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se estimó la demanda y se condenó a los demandados a abonar a los actores la suma reclamada por éstos, con intereses legales y pago de las costas.

Recurrida la sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso y confirmó aquélla, sin costas en la alzada.

El demandado, don Alfredo Porcar Bigorra, formalizó recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, al amparo de los siguientes motivos:

PRIMERO: Al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que luego se dirá y consiguiente infracción de los artículos valorativos de la prueba mil doscientos veinticinco, en relación con el mil doscientos dieciocho, ambos del Código civil, y seiscientos cuatro, párrafo segundo, del Código procesal civil, del modo que expondremos a continuación. Es el documento aportado por los actores y acompañado a la demanda como documento número dos y nueve y a los autos tramitados en el Juz-

gado de Primera Instancia número tres de Castellón de la Plana. Se trata de la Hoja de Encargo del Proyecto señalada con el número cincuenta y nueve —CS— setenta y siete, fechado el día trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en el que se han estampado última hoja dos sellos por el Colegio de Arquitectos de Castellón, uno, de entrada, con fecha dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y ocho y otro de visado, de fecha treinta y uno del mismo mes y año. Es un documento auténtico, que reúne los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo, a cuya Sala de lo Civil tengo el honor de dirigirme, en numerosas sentencias, como la de cuatro de junio de mil novecientos setenta y nueve y veintidós de diciembre del mismo año, es decir: Legitimidad de origen, se considera como el contrato básico de la litis, está firmado por los demandantes, reconocido en la contestación a la demanda, su contenido se demuestra por sí mismo; para el Tribunal *a quo* hace plena prueba de los hechos que contiene; y en él se aprecian, por sí solos.

SEGUNDO: Al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba documental consistente en la llamada hoja de encargo del estudio de detalle, con infracción de los mismos artículos que hemos citado en el motivo anterior y que aquí damos por reproducidos, del modo que a continuación se indica. Nos referimos ahora a la hoja de encargo de trabajo denominada Estudio de Detalle número cincuenta y seis —CS— setenta y siete, fechado en noviembre de mil novecientos setenta y siete, visada por el Colegio de Arquitectos en treinta de diciembre de mil novecientos setenta y siete y que originó en dicho Colegio el expediente número dos mil quinientos cuatro. Fue aportada por la contraparte con su escrito de ocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, folios ciento cuarenta y seis y siguientes. Su importancia la reconocen de adverso al cotestar la posición sexta, folio ciento treinta y cinco, y en la copia de la carta al folio ciento sesenta. El Estudio de Detalle tiene por objeto conocer si el Ayuntamiento va a autorizar la construcción del edificio a que se refiere en el solar que se menciona en el mismo. Y se dan las características del edificio, alturas, viviendas, solar concreto que se ocupa, etc. Y cuando se presenta es previo al verdadero proyecto del edificio y éste ha de ajustarse siempre al Estudio de Detalle consultado con el Ayuntamiento. Es un documento conveniente para disipar dudas de los proyectistas y promotores, aunque no necesario. En el Estudio de Detalle se dice que el edificio se va a emplazar en el solar existente en las calles Gobernador Bermúdez de Castro, Obispo Salinas, Bellver y avenida Hermanos Bou. Y esto se desprecia por las sentencias impugnadas, para las que el Estudio de Detalle es un documento completamente independiente del Proyecto y de la hoja de encargo del Proyecto, en donde figura como emplazamiento del edificio el solar delimitado solamente por tres de las cuatro calles antes citadas, se elimina la avenida Hermanos Bou. Y con ello se infringen los artículos citados porque no se aprecia el contenido del Estudio de Detalle en sus propios términos.

TERCERO: Al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los preceptos valorativos de la prueba que luego mencionaremos. La sentencia del Tribunal *a quo* y la del Juzgado de Instancia, que reproduce aquélla íntegramente, teniendo a la vista toda la prueba que obra en los autos, aunque en ninguno de los fallos citados se hace una valoración conjunta de dichos medios, deducen de la Hoja de Encargo Proyecto Básico (número cincuenta y nueve —CS— setenta y siete) que los arquitectos demandantes han ejecutado un pro-

yecto técnico para la construcción de un edificio de noventa y cinco viviendas. Pero como hemos expuesto, en dicho documento no se dice que se haya ejecutado tal proyecto y tampoco que se trate de un edificio de noventa y cinco viviendas, sino de edificio noventa y cinco de viviendas. El único documento que obra en autos en donde se dice que se ha confeccionado un proyecto básico de noventa y cinco viviendas, es en la certificación del Colegio de Arquitectos de Castellón, de fecha veinte de septiembre de mil novecientos setenta y ocho, que aportaron los demandantes con su demanda como documento número cuatro. Pero esta certificación no acredita el contenido de dicho proyecto, ni en qué consiste éste, ni si está bien o mal formulado, ya que los colegios no responden de la eficacia de los proyectos que a visado presentan los arquitectos, por lo que se trata de una certificación genérica y un tanto abstracta.

CUARTO: Al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los preceptos valorativos de la misma que luego se indicarán y el modo en que se ha realizado. Las sentencias que se impugnan dan por cierto y probado que Ciudad Satélite de Madrid, S. A., representada por el Sr. Porcar Bigorra, mi poderdante, encargaron a los arquitectos demandantes la confección del proyecto de edificio de viviendas mencionado en la hoja de Encargo de Proyecto número cincuenta y nueve —CS— setenta y siete, aportada a los autos como documento número dos de la demanda, emplazado en el mismo lugar que se indica en dicho documento, pero no es esto lo que aparece demostrado en los autos. Dos son los principales fallos del documento citado. El primero hace referencia al número de viviendas y el segundo, al emplazamiento del edificio. En cuanto al primero, en el documento básico no se habla de número de viviendas, sino de un Proyecto básico de edificio noventa y cinco de viviendas, y es cuando los actores presentan el supuesto proyecto en el Colegio de Arquitectos cuando dicen que el edificio se compone de noventa y cinco viviendas. Pero esto no es cierto. Existen en los autos otras pruebas documentales que demuestran que el número de viviendas era el de setenta y ocho. La diferencia, diecisiete viviendas, suponen un valor de más de treinta millones de pesetas, de importancia decisiva a la hora de minutar un proyecto. Son estas pruebas, la carta de diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, escrita doce días antes de que los arquitectos demandantes presentasen el proyecto, según ellos, de noventa y cinco viviendas, en el Colegio de Arquitectos para su visado, en la que uno de los autores del proyecto dice que éste comprende setenta y cinco viviendas, que hemos conseguido, añade, que quedan muy bien, concluyendo este párrafo con las palabras «tal como quedamos». Es decir, que lo convenido era un proyecto de setenta y ocho viviendas número de noventa y cinco (*sic*).

CINCO: Al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba de infracción de los artículos que luego se dirán. Aparecen en los autos los documentos siguientes: Al folio ochenta y cuatro bis, escrito y firmado por los litigantes, de marzo de mil novecientos setenta y ocho. Al folio ciento setenta y seis, escrito que acredita que la Comisión Provincial de Urbanismo de Castellón, en sesión de veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y ocho desestimó el Estatuto, digo, Estudio de Detalle presentado por los litigantes y visado por el Colegio de Arquitectos en treinta de diciembre de mil novecientos setenta y siete. Al folio ciento sesenta y cinco, certificado del Ayuntamiento de Castellón, indicando que no se ha concedido licencia de obras a

Ciudad Satélite de Madrid, S. A. durante el año mil novecientos setenta y ocho. De estos documentos se desprende que el Ayuntamiento de Castellón no podía conceder la licencia de construcción del edificio proyectado, ni siquiera modificar la situación urbanística de la zona de emplazamiento del solar. Los arquitectos demandantes, arquitectos de Castellón, sabían de antemano que no podían construir el edificio que iban a proyectar en el solar que fijaron para ello, y por ello presentaron el Estudio de Detalle; conocieron la voz de alarma dada por el diario «Mediterráneo» en veintidós de enero de mil novecientos setenta y ocho, con toda clase de datos y señales, pues Castellón es una ciudad pequeña, en donde todos, prácticamente, se conocen, sabían que nunca se les concedería la licencia de construcción en el lugar que se había convenido, y, sobre todo, con varios meses de antelación al día que presentaron el proyecto al visado del Colegio de Arquitectos, por lo que la firma y presentación de la petición de licencia de construcción del edificio es un simple ardid utilizado para confundir al juzgador. Ardido claro, pues el documento de petición sólo se presentó en el Colegio, no en el Ayuntamiento. Se pretendía buscar efectos, no hacer el ridículo ante el pueblo de Castellón. Y como las sentencias impugnadas no valoran los documentos mencionados en los propios términos en ellos expuestos, sino que dan una versión distinta de los mismos, ya que de la sentencia del Tribunal *a quo* se deduce que el proyecto fue debidamente encargado sin dudas acerca de su contenido y objeto y que la construcción del edificio en el solar era factible, cuando la realidad que demuestran los documentos examinados es totalmente opuesta al contenido de la sentencia, es evidente que ésta ha infringido los artículos mil doscientos veinticinco, en relación con el mil doscientos dieciséis, ambos del Código civil vigente, ya que los documentos privados han de apreciarse según el contenido claro de los mismos, lo que no realiza la sentencia citada.

SEXTO: Al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número siete, por error de derecho en la apreciación de la prueba y con infracción de los preceptos valorativos de la prueba que luego se indicarán. En la sentencia del Tribunal *a quo* no se reconoce que todos los impresos que obran en autos referentes a las hojas de encargo del Estudio de Detalle, del proyecto definitivo, las estadísticas y la solicitud de licencia de obras, fueron recogidas por los arquitectos demandantes, dirigieron a mi cliente, y está reconocido de adverso en el escrito de ocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve. Con todos estos documentos, firmados en blanco por el Sr. Porcar Bigorra, cuando los arquitectos demandantes se convencieron que no se les autorizaría la construcción del edificio en proyecto, decidieron percibir sus honorarios a toda costa.

SEPTIMO: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo mil doscientos sesenta y uno, número dos del Código civil. El Documento Encargo de Proyecto, número cincuenta y nueve —CS— setenta y siete, considerado por la sentencia del Tribunal *a quo* como el que contiene un contrato de arrendamiento de servicios válido y perfecto, carece de objeto cierto que sea materia de contrato, ya que no pueden considerarse como objeto los servicios profesionales de los arquitectos demandantes consistentes en redactar o confeccionar el proyecto de un edificio de noventa y cinco viviendas, sobre un solar que no está determinado exactamente, sino que aparecen tres emplazamientos distintos en los diferentes documentos incorporados a los autos, cuales (1) los delimitados por las calles Gobernador Bermúdez de Castro, Obispo Sainas, Bellver y avenidas Hermanos Bou; (2) incluido entre las calles Gobernador

Bermúdez de Castro, Obispo Salinas y Bellver; y (3) el ubicado entre las calles Obispo Salinas y Bellver. Y al no constar de modo cierto y claro el edificio que se va a proyectar y el solar sobre el que se va a construir, estando el solar incluido dentro del contrato, como sucede en el caso de autos, la sentencia impugnada no aplica el precepto contenido en el artículo mil doscientos sesenta y uno, segundo, del Código civil.

OCTAVO: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de los artículos mil quinientos cuarenta y cuatro y mil quinientos cuarenta y seis del Código civil. Aunque los artículos citados son definitorios, al aplicarlos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón, cuyos considerandos son aceptados íntegramente por la del Tribunal *a quo*, con carácter sustantivo, nos autoriza a invocarlos en casación. El mil quinientos cuarenta y cuatro se aplica indebidamente porque los servicios no están concretados de modo cierto e indubitado en el supuesto contrato, como hemos expuesto en el motivo anterior; y en cuanto al mil quinientos cuarenta y seis porque en él no se puede fundamentar la existencia del contrato de arrendamiento de servicios ni la obligación de pagar el precio de los mismos, pues sólo contiene una definición; y como la sentencia los aplica como sustantivos infringe el precepto indicado por aplicación indebida.

NOVENA: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos mil doscientos sesenta y cinco, en lo que a la no aplicación del error afecta, y mil doscientos sesenta y seis, en lo relativo a las condiciones de la cosa que motivaron la celebración del contrato, contenidas en el segundo inciso del párrafo primero de dicho artículo, ambos del Código civil; y de las sentencias de la Sala Segunda de lo Civil del Tribunal Supremo de veintinueve de junio de mil novecientos setenta y ocho y de las numerosas que ésta cita, entre las que a título enunciativo señalamos las de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y tres y catorce de junio de mil novecientos cuarenta y tres. Aunque mi poderdante hubiese firmado la hoja de Encargo de Proyecto, número cincuenta y nueve —CS— setenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos setenta y ocho, habría verificado con error sobre las condiciones del Proyecto que principalmente daban motivo para celebrarlo; condiciones, en el presente caso, incorporadas al propio contrato y por ende que afectan también a la causa del mismo.

DECIMO: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, por inaplicación, de los artículos mil ciento uno, en lo que afecta a la apreciación del dolo, y mil ciento dos, ambos del Código civil. Como hemos expuesto en los diferentes motivos en que articula el presente recurso y que aquí damos por reproducidos en la parte correspondiente, los arquitectos demandantes sabían antes de presentar el proyecto de edificio en el Colegio para su visado que el edificio no se podía construir en el lugar convenido para su emplazamiento; y sin embargo lo confeccionaron y lo presentaron en el Colegio de Arquitectos para su visado, al menos eso dicen ellos, y reclaman el pago de unos supuestos honorarios que dicen les adeuda mi poderdante. Y como el conocimiento previo de todo ello, seguido de la acción torpe de intento de cobro de dichos honorarios, constituye una conducta dolosa exigible en toda clase de obligaciones, es claro que el no apreciarlo así la sentencia del Tribunal *a quo* infringe los artículos citados en el encabezamiento de este motivo por no aplicación.

UNDECIMO: Al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo mil ciento uno del Código civil y mil quinientos ochenta y dos del mismo Cuerpo Legal. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Castellón aplica el artículo mil ciento uno y otros del Código civil, para demostrar que mi poderdante ha procedido con dolo, cuando como hemos visto en el motivo anterior, tal artículo es aplicable a los demandantes. Y la sentencia del tribunal *a quo* aplica el artículo mil quinientos ochenta y dos y siguientes del Código civil, que se refiere al arrendamiento de viviendas, tienda, almacenes, etc., que ninguna relación guarda con la litis del presente recurso y pleito, los que infringe por aplicación indebida.

DUODECIMO: Al amparo de lo dispuesto en el número uno, céd artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo mil cuatrocientos uno, primero del Código civil, que infringe. Aunque en ninguna de las sentencias que impugnamos se cita expresamente dicho artículo sustantivo, lo aplican, al fallar el Juzgado de Primera Instancia de Castellón condenando a la esposa del Sr. Porcar Bigorra, a los solos efectos del artículo ciento cuarenta y cuatro del Reglamento Hipotecario, al pago de los tres millones ciento cincuenta y dos mil cuarenta y seis pesetas, sentencia confirmada por el Tribunal *a quo*. Pero la responsabilidad solidaria del Sr. Porcar Bigorra afecta a las obligaciones contraídas por la entidad Ciudad Satélite de Madrid, S. A., en cuyo nombre y representación aquél actuaba; obligaciones en beneficio de dicha sociedad mercantil, no del Sr. Porcar Bigorra, por lo que como dice la sentencia de la Sala a la que tengo el honor de dirigirme, de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y ocho, la fianza solidaria del marido, prestada gratuitamente, no en interés de la familia, no obliga a los gananciales, sino a los bienes del marido. Y como en el caso de la presente litis, la solidaridad del marido, Sr. Porcar, es en beneficio de Ciudad Satélite de Madrid, S. A. y está prestada gratuitamente, es claro que el fallo de la sentencia impugnada aplica indebidamente y por ende infringe el número uno del artículo mil cuatrocientos uno del Código civil, pues ni los bienes de la sociedad de gananciales ni los de la mujer responden de tal obligación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jaime Santos Briz, declaró haber lugar al recurso. Interesan los siguientes *Considerandos*:

CONSIDERANDO: Que los seis primeros motivos del recurso se alegan al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando en los dos primeros error de hecho y en los restantes error de derecho en la apreciación de la prueba; en cuanto al primero de ellos, la sentencia recurrida se basa en el que denomina documento-contrato de arrendamiento de servicios (folios siete y ciento setenta y siete-ciento setenta y ocho de los autos) de fecha trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho, referido al proyecto básico de edificación de viviendas, en el que fundamenta la obligación del recurrente a pagar los honorarios profesionales de los recurridos reclamados en la demanda, desatendiendo la Sala sentenciadora no sólo el contenido anómalo de dicho documento sino su contradicción con otros documentos que alega el recurso como base de error en el Juzgado de Instancia; así, sobre todo, la carta de diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, firmada por uno de los demandantes, ahora recurridos, en la que se refiere no a las noventa y cinco viviendas

que confusamente comprende el primero de dichos documentos, sino solamente a setenta y ocho, lo que altera el objeto del contrato de supuestos servicios en forma sustancial; y también la denominada Hoja de encargo de «Estudio de detalle» de fecha noviembre de mil novecientos setenta y siete, visada por el Colegio de Arquitectos en treinta de diciembre del mismo año, hoja que tenía por objeto conocer si el Ayuntamiento iba a autorizar la construcción y que es previa al proyecto; también se alega por el recurrente como documento no tenido en cuenta por la Sala «a que» el acta de desestimación por el Ayuntamiento de dicha Hoja de Estudio de Detalle, que tuvo lugar en veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y ocho, lo que imposibilitaba la licencia de obras necesaria en el solar en cuestión, fecha anterior a aquélla en que el Colegio visó el documento-contrato de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho, que se dató por tanto antes de conocerse si el Ayuntamiento iba a estimar el Estudio de Detalle, circunstancia del todo decisiva para la eficacia, en orden a la proyectada edificación, del contrato entre arquitectos y recurrente, de modo que denegada la edificación este contrato carecía de finalidad y el encargo de redacción de proyecto, que se llevó a cabo simultáneamente a la desestimación por la Corporación Municipal del Estudio de Detalle, por modificar la obra proyectada la situación urbanística de la Zona de emplazamiento del solar; proyecto que no figura en autos y que ha sido expresamente negado por el recurrente en cuanto a su ejecución.

CONSIDERANDO: Que atendidas las circunstancias fácticas puestas de relieve a través de la prueba documental base del recurso, singularmente la incorrección del objeto del encargo de proyecto de viviendas (por un lado noventa y cinco de forma confusa, por otro manifiestan los mismos arquitectos ser setenta y ocho, lo que reduce la cuantía del edificio a construir en veinte por ciento aproximadamente), además, la desestimación por el Ayuntamiento del Estudio de Detalle que imposibilitó la licencia, y de hecho la construcción, en fechas simultáneas a la elaboración del supuesto proyecto, cuya prueba no se hizo; todo ello lleva a la estimación del recurso en su aspecto fáctico de error de hecho demostrativo de evidente equivocación del juzgador, y también en el aspecto jurídico a través del motivo séptimo del recurso donde se alega la infracción por violación del artículo mil doscientos sesenta y uno, número dos, del Código civil, en cuanto el objeto del contrato de servicios no se concertó con la exactitud precisa para un volumen patrimonial de la entidad del contratado, motivo que ha de ser también estimado, sin necesidad de examinar los restantes, y toda vez que tanto desde el punto de vista de hecho como del jurídico es de resaltar: a) que el contrato que consta en la hoja de encargo de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho visado el treinta y uno de marzo por el Colegio de Arquitectos sin acreditarse que tuviera entrada con anterioridad a esa fecha, *tenía desde su principio una finalidad imponible de cumplir*, en cuanto que en sesión de veintisiete de marzo el Ayuntamiento desestimó el Estudio de Detalle, lo que equivalía a denegar la construcción que entonces se proyectaba. b) No obstante, *se exigió el pago íntegro del supuesto proyecto sobre el fundamento de un contrato ya no exigible por haber quedado frustrado en su finalidad por causas ajenas al comitente* ahora recurrente, el cual había firmado en blanco el impreso de hoja de encargo de proyecto, hoja que después fue rellenada en diferentes momentos posteriores a su fecha de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho sin intervención del recurrente y dejando en la inseguridad, dato tan esencial como el objeto del contrato, después contradicho por actos propios de los demandantes y recurridos, sin que ello fuera tenido en cuenta por el Tribunal de apelación; c) *de todo ello dimana que*

la relación de equivalencia entre las prestaciones quedó rota a consecuencia de actos simultáneos al otorgamiento del defectuoso contrato de trece de febrero de mil novecientos setenta y ocho, lo que hizo que deviniera inexigible la prestación pactada, por resultar no equitativo que, frustrada la finalidad natural e implícita del contrato para el recurrente, se le exija a éste su cumplimiento íntegro, lo que además de ser contrario a la buena fe contractual, exigida por el artículo mil doscientos cincuenta y ocho del Código civil, haría que los efectos de aquel defectuoso contrato quedasen por completo al arbitrio de una de las partes contratantes, en contra de la norma del artículo mil doscientos cincuenta y seis del Código civil. d) Que si bien el Código civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir, inexigible, salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán (parágrafo 323), y el italiano (artículo mil cuatrocientos sesenta y tres) en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adaptable a nuestro derecho, no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los artículos mil doscientos cincuenta y seis y mil doscientos cincuenta y ocho del Código civil, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las sentencias de esta Sala de cinco de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, treinta de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, diez de octubre de mil novecientos ochenta y treinta de junio de mil novecientos ochenta y tres.

En su segunda sentencia, la Sala declaraba en el fallo revocar la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia y desestimaba todas las pretensiones de la demanda, absolviendo a los demandados. Su único *Considerando* dice:

CONSIDERANDO: Que no procede estimar la demanda, en cuanto que el contrato en que la misma se basa no ha resultado probado en autos con la certeza referida (debe de querer decir «requerida») para fundar en él un fallo estimatorio, dado que las irregularidades en su redacción a cargo de los demandantes, puestas de relieve por actos propios de los mismos, en cuanto al objeto del contrato, y la simultánea imposibilidad surgida para la proyectada edificación, al denegar el Ayuntamiento interesado la aprobación del «Estudio de detalle» que le presentó el demandado y la consiguiente y necesaria licencia de obras, hicieron inexigible la prestación tal como se reclama en la demanda y frustraron el fin del pretendido contrato, sin que ello dependiera en absoluto de la voluntad del demandado, ni de la entidad que a la sazón el mismo representaba.

### III. COMENTARIO

#### 1. La «ratio decidendi» de ambas sentencias. Juicio crítico. La frustración del fin del contrato.

En la primera de las sentencias que comentamos, de 3 de noviembre de 1983, se invocó por el recurrente, como primer motivo del recurso de casación —que en definitiva fue el que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para su sentencia



estimatoria— la infracción de los artículos 1.544 (que define el contrato de arrendamiento de obras y servicios, en definición conjunta) y el 1.258 (que exige el sometimiento a la buena fe, al uso y a la ley en el cumplimiento del contrato) del Código civil. Se alega implícitamente que, puesto que el contrato de obra es un «contrato de resultado», no de medios o simple actividad, el *resultado* del caso concreto (un proyecto efectivamente realizable) tenía que haber sido viable no sólo cuando el proyecto se encargó, sino cuando se terminó oficialmente con el visado del Colegio.

La sentencia, al razonar sobre la estimación de este argumento, dice que al entregarse el proyecto (después del plan de ordenación urbana que lo hizo irrealizable) ya no «respondía a la finalidad contemplada», expresión que parece aludir a la *frustración del fin del contrato*, que la otra sentencia (la de 9 de diciembre de 1983) cita explícitamente.

De otro lado, la sentencia añade que «corresponde al arquitecto correr con los riesgos del proyecto», doctrina que es la primera vez (que nosotros sepamos) que formula el Tribunal Supremo para el concreto caso de servicios profesionales de arquitecto. Doctrina que, elevada a categoría, significa que en el contrato de obra el contratista corre con los riesgos de perecimiento de la cosa, en lo que coincidiría con la solución del artículo 1.590 del Código civil, extremo en el que el Tribunal Supremo ya se ha manifestado en resoluciones anteriores. Nos llama la atención que por la Sala no se invoque este precepto últimamente citado.

Pero a nuestro juicio aún hay más. El recurrente citaba como violado el artículo 1.258 del Código civil, alegando que la realización del proyecto había sido extemporánea. En otras palabras, que el arquitecto había incurrido en retraso en la confección del proyecto, circunstancia de la que parece deducirse el argumento de que si el profesional se retrasó en su trabajo debe responder de la sobrevenida imposibilidad de ejecutar la obra proyectada. No obstante, al no citar el Tribunal Supremo ni este argumento ni su apoyatura legal (art. 1.258), se deduce que la Sala adopta su criterio (el de atribución del riesgo al arquitecto) independientemente del hecho de que su trabajo fuera realizado tempestiva o extemporáneamente.

También creemos que cabe otra reflexión. Es sabido que los planes de ordenación urbanística van precedidos de un período normalmente largo de gestación o preparación. En nuestro caso, el encargo profesional se hizo el 1 de diciembre de 1983 y el plan de urbanización fue aprobado el 29 de marzo de 1984. Todo hace pensar que en la primera de esas dos fechas ya debía de existir un proyecto de ordenación urbanística. Y, si así fue, no habría sido inoportuno, a nuestro juicio, basar la demanda en la doctrina del incumplimiento del contrato y en el artículo 1.101 del Código civil, pues siendo deber del arquitecto actuar conforme a la *lex artis*, parece claro que dentro de las reglas de su profesión está la de hallarse informado en todo momento de las normas jurídicas o de proyectos de las mismas que puedan afectar a la edificabilidad de los terrenos.

Ni el recurso ni la sentencia aluden a este extremo a que acabamos de referirnos, pero creemos que es verosímil nuestra hipótesis y defendible la interpretación jurídica que la asignamos. Se trata de un aspecto que a nuestro juicio sí concurre inequívocamente en la segunda de las sentencias comentadas, esto es, la de 9 de diciembre de 1983.

Hay que hacer notar que la sentencia de 3 de noviembre de 1983 declara infringida la doctrina jurisprudencial invocada en su motivo primero por el recurrente. Esa doctrina jurisprudencial es la contenida en las sentencias de 7 de octubre y 19 de diciembre de 1964.

La primera de esas sentencias declaró entre otras cosas que «... los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras, como lo califica el artículo 1.544 del Código civil..., consisten, de una parte, en la obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*) al que, con o sin suministro de material (artículo 1.588) se encamina la actividad creadora del empresario, que *asume los riesgos de su cometido*, de acuerdo con la regla *res perit domino*...».

La sentencia de 19 de diciembre de 1964 (se cita por error en la sentencia del Supremo la de 11 de diciembre) contiene idénticos pronunciamientos sobre la caracterización del contrato de obra (es la sentencia 5.900 del Repertorio Aranzadi).

Ahora nos referimos a la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo objeto de nuestro comentario. Se trata de la de 9 de diciembre de 1983.

El caso era de notable similitud al de la sentencia antes examinada. Se había redactado un proyecto de construcción en base a un encargo que cuando fue visado por el Colegio de Arquitectos era ya de imposible ejecución, por haber precedido la negativa del Ayuntamiento a aprobar el estudio de detalle, que es precedente necesario del proyecto en sí. Por tanto, la inviabilidad de la edificación era todavía más notoria que en el caso de la sentencia de 3 de noviembre de 1983, pues en ésta el nuevo plan de ordenación, obstativo de la construcción proyectada, era por poco tiempo posterior (pero al fin posterior) al encargo o contrato de obra propiamente dicho (el concretado entre comitente y arquitecto).

La sentencia estimatoria del recurso de casación invoca primero la violación del artículo 1.261, 2.º del Código civil, por entender que el «objeto cierto» del contrato no se determinó con la exactitud precisa. Llamamos la atención sobre este extremo, porque con el razonamiento citado no habría sido necesario examinar más preceptos ni más motivos de casación, pues la nulidad (o inexistencia) originaria del contrato no habría exigido entrar siquiera en la teoría de la frustración de su fin. Pero *parece* como si al Tribunal no le bastara o convenciera del todo, aunque realmente la hace suya, la tesis del recurrente de que no hubo contrato por indeterminación de su objeto. De ahí que, acaso sin la necesaria frontera entre ambos razonamientos, la Sala se sumerja en la frustración de la finalidad perseguida por el contrato en cuestión, clave de su silogismo estimatorio del recurso.

La misma relativa confusión se observa en la *segunda sentencia* del Supremo, en la que sin solución de continuidad, como si de la misma cosa se tratara, la Sala alude a la falta de certeza del objeto del contrato (caso de inexistencia) y a la imposibilidad de ejecución del proyecto encomendado (caso de inexigibilidad, como el mismo Tribunal dice).

La circunstancia apuntada oscurece un tanto la *ratio decidendi* del fallo, pues no se ve con claridad cuál de los dos motivos (inexistencia del contrato o frustración de su finalidad) es el que fundamenta la estimación del recurso, aunque no es desechable la idea de que para el Tribunal fueran dos razonamientos «en cascada», es decir, de que se acudiera en primer lugar a la nulidad o inexistencia del contrato y en segundo término, aun para el supuesto de validez, a la inexigibilidad de las prestaciones por la referida frustración del fin del contrato.

A nuestro juicio, y sin desoír los irreprochables razonamientos de la Sala, habría sido posible llegar a su misma conclusión de estimación del recurso acudiendo a la doctrina del incumplimiento y al amparo del artículo 1.101 del Código civil. El argumento, que antes hemos apuntado en relación con la otra sentencia comentada, sería el siguiente: el arquitecto debe cumplir su prestación de conformidad con la *lex artis* o reglas de su profesión; es así que en este caso no tuvo presente, al redactar el proyecto, la existencia de normas urbanísticas que impedirían la edificación en el solar de autos, luego ha incurrido en incumplimiento por negligencia (artículo 1.104). Con este razonamiento no habría habido necesidad, a nuestro juicio, de acudir a la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Doctrina esta última que la Sala apoya en la existencia de preceptos que la consagran en los Códigos alemán e italiano, como referencia dogmática, y en los artículos 1.258 y 1.256 del Código civil español y en el principio del enriquecimiento injusto.

La formulación que en la sentencia se hace de la doctrina de la frustración del fin del contrato no nos parece del todo correcta en su expresión literal, pues se alude al hecho de que la prestación que incumbe a una parte se hace *imposible o inexigible* a consecuencia de una circunstancia de la que no han de responder ni ella ni la otra parte.

En este caso no es que la prestación fuera *imposible*, pues de hecho el arquitecto la cumplió (al menos en el razonamiento del Tribunal, pero sin que a nosotros nos convenza este punto de partida, por razón de la citada infracción de la *lex artis*, según más arriba hemos sugerido). Tampoco puede decirse que la prestación fuera *inexigible*, en el sentido propio y natural de este término. Entendemos que lo que en la teoría de la frustración del fin del contrato la inexigibilidad que está en juego es la de *la otra parte contratante* (en este caso la de los dueños del solar y comitentes en el contrato de obra concertado con el profesional).

Acaso sea más correcto decir que lo que deviene imposible —en la mentada doctrina— es la *satisfacción del interés o fin económico* perseguido por la otra parte, deudora en principio de una contraprestación pero que se libera de la misma por razón, precisamente, de la frustración del fin del contrato.

La apoyatura de la doctrina de la frustración del fin del contrato en el artículo 1.258 del Código civil no nos parece del todo convincente, pues dicho precepto es regla determinante de *cómo un contratante debe cumplir su prestación*. Las palabras «y desde entonces obligan», que usa el artículo citado, nos llevan a esa convicción. En el caso sobre el que versaba la sentencia no se trataba de fijar cómo había de cumplir el arquitecto, sino, por el contrario, partiendo de la base de que *ya había cumplido* (pues de otro modo no había necesidad de acudir a la repetida doctrina de la frustración del fin), lo que se dilucidaba era la explicación de *por qué el comitente o dueño de la obra no tenía que cumplir su contraprestación de pago del precio*.

Si lo que se quiere hacer valer es la buena fe como regla para la exigibilidad de las obligaciones derivadas de un contrato, nos habría parecido mejor acudir a la regla de la buena fe en el ejercicio de los *derechos* (en este caso, el derecho del arquitecto a su retribución), consagrada ahora en el artículo 7.º, 1 del Código civil. Se explicaría en este caso por qué a pesar de tener en principio el ar-

quitecto derecho a la contraprestación, ésta deviene inexigible para él (a causa de la frustración que el obligado a ella sufre en punto al interés o fin del contrato que concertó). En este sentido es muy correcta la sentencia cuando dice que, frustrada la *finalidad natural e implícita del contrato* para el recurrente, sería contrario a la buena fe exigir el pago de la contraprestación. La duda es si la buena fe es la del artículo 1.258 o la del 7.º, 1.

Por fin, la sentencia comentada apoya sus razonamientos en cinco sentencias de la propia Sala que al efecto cita, cuyo comentario nos parece oportuno precisamente por razón de esa relación que se dice existir entre los casos respectivamente contemplados en ellas.

La primera sentencia citada es la de 5 de julio de 1945. Así lo dice literalmente el ejemplar de la sentencia de 9 de diciembre de 1983 que tenemos a nuestra disposición (fotocopia de la notificada a las partes). Sin embargo, el Repertorio Aranzadi, al reproducir la sentencia que comentamos (número marginal 6925 de 1983), dice «5 de junio» en vez de «5 de julio», y remite al respecto al número marginal 692 de 1945. Parece que es correcta la rectificación que hace dicha editorial, pues las sentencias de 5 de junio de 1945 que hemos localizado no versan sobre cuestiones relacionadas con las que aquí se debaten.

En cambio, sí existe cierta relación con ellas en una sentencia de 5 de junio de dicho año 1945. Se trata de una resolución en la que la Sala contempla la invocación del artículo 1.258 del Código civil por parte del recurrente, pero, al contrario de lo que ocurre en la sentencia que motiva este comentario, de 9 de diciembre de 1983, el Tribunal se inclina por la inaplicabilidad al caso contemplado de dicho precepto del Código civil.

Más oportuna parece, por el contrario, la cita de la segunda de las sentencias, esto es, la de 30 de junio de 1948.

Es una sentencia muy interesante, especialmente puesta de manifiesto entre nosotros por Espert Sanz en su monografía *La frustración del fin del contrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, 263 págs., interesantísimo trabajo en el que por primera vez en España fue tratado con el debido detenimiento el fenómeno que da título a la obra.

Se trataba en aquel caso de un contrato celebrado entre las señoras Más y el señor Carsí. Era un contrato en cuyos antecedentes se decía: «Las partes otorgantes poseen, respectivamente, propiedades en el término de San Vicente de Sarriá, que se hallan afectadas por la calle de la Industria, no urbanizada todavía en toda su extensión, y a fin de que los terrenos que las señoras Más poseen de su finca *Mansó Balleca con fachada en calle de Ganduxer puedan también tener fachada en la calle de la Industria el día que ésta se abra en aquel trozo*, pactan y convienen lo que sigue...»:

Entre los pactos estaba una cláusula segunda que decía: «Transcurridos quince años a contar de la fecha del presente convenio, o antes de ese plazo, siempre que se abra la calle de la Industria en aquel punto, don Juan Carsí, por sí y los suyos, se compromete y obliga a vander, libre de cargas, a las Señoras Más Martín o los suyos, a saber... (se describen las fincas). El precio de las ventas será a razón de 75 céntimos de peseta el palmo cuadrado. En su virtud, las señoras Más o los suyos podrán exigir del señor Carsí que le venda, y el señor Carsí exigir de las señoras Más que le compren, las respectivas porciones antes de los quince años, si se abre la calle de la Industria; pero el derecho de las señoras

Más queda limitado a la compra, y la obligación del señor Carsí limitada a la venta de las partes de la descrita finca, que linda, mediante el Torrente Balleescá, con terrenos de las señoras Más».

En su demanda, las señoras Más alegaron el contrato en cuestión y suplicaron que se condenase al señor Carsí a otorgar escritura pública de compraventa de las parcelas objeto del acuerdo, por el precio estipulado.

Carsí se opuso a la demanda, alegando que las señoras Más habían vendido a terceras personas sus terrenos, por lo que había desaparecido el fin del contrato, que era el de facilitar el señor Carsí a las señoras Más la porción de terreno, propiedad de aquél, necesaria para que los terrenos de las señoras Más con fachada a la calle Ganduxer pudieran también tener fachada a la calle de la Industria. El contrato, decía el señor Carsí, se fundaba en la consideración de que dichas señoras Más eran y continuasen siendo ellas o sus herederos propietarios de dichos terrenos, pues si éstos pasaban a terceros, es decir, a otros que no fuesen los suyos o sus herederos, la obligación quedaba extinguida.

Las señoras Más replicaron que el fin que se proponen los otorgantes de un contrato, al igual que los móviles de los contratantes, no influyen nunca en la validez de los contratos ni tienen nada que ver con el objeto ni con la causa de los mismos, y menos todavía influyen los propósitos o el destino que piensen dar a las cosas que constituyen objeto del contrato, pues en éstos sólo influyen el consentimiento, el objeto y la causa.

El Juzgado de Primera Instancia declaró válido y eficaz el contrato pero absolvió a los herederos de Carsí, por no haberse cumplido las condiciones que se acordaron en él.

La Audiencia, por el contrario, condenó a los demandados herederos del señor Carsí a otorgar en favor de las señoras Más escritura pública de compraventa de las parcelas en cuestión.

Se recurrió en casación por los herederos de Carsí, invocándose los motivos que reproduce Espert (*op. cit.*, págs. 25 y 26), a cuya obra nos remitimos.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, amparándose en una serie de razonamientos que giraban en torno al fin perseguido por las partes al contratar. Dice en uno de sus pasajes: «... pero declarado por la Audiencia como hecho probado que las demandantes han enajenado los terrenos de su propiedad que al tiempo de otorgar el repetido contrato tenían en su posesión colindantes con los que se proponían adquirir, mediante aquél *no es posible obtener ya el fin perseguido con el convenio concertado* según la voluntad de las partes en el mismo manifestada y lo que ahora, con la interposición de la demanda, se ha pretendido es otra cosa diferente, puesto que se trata de adquirir de los demandados una finca independiente que aunque linda con la calle de la Industria, si se abriera, no podrá tener también fachada a la de Ganduxer...». Más adelante, la sentencia hacía una referencia a la *base* del contrato en cuestión, que era la tenencia en poder de las señoras Más de los terrenos que, por agregación de los que se adquirieran, formarían una unidad predial con las características pretendidas en cuanto a sus linderos. Se concluía, en fin, que la Sala de instancia había incurrido en error, con infracción de los preceptos alegados, *que eran los relativos a la infracción del contrato* (1.281 y ss. del Código civil).

La sentencia, en su último *Considerando*, estima infringidos todos los preceptos invocados en el primer motivo del recurso, lo que obliga a acudir a la colec-

ción *Jurisprudencia civil* (nueva serie, tomo XXIII, junio-septiembre de 1948, págs. 740-760) para ver cómo se articuló aquél. Y es notable observar, cosa que no se suele comentar, que el recurrente invocó la infracción de los artículos 1.113, 1.114 y 1.117 del Código civil, lo que significa que él —y en consecuencia la Sala— apoyaron su razonamiento sobre la inexigibilidad de lo acordado en el contrato (frustración de su fin) en los principios relativos a las obligaciones condicionales. En suma, entendió el Tribunal Supremo que el ser las señoras Más dueñas de sus terrenos originarios era *condición* para poder ejercitar su derecho a comprar los del señor Carsí.

Esta sentencia, que nosotros sepamos, es una de las primeras en citar el elemento *fin del contrato*, que entiende como revelación de la voluntad común de los contratantes, determinante del sentido y alcance de los pactos que precisamente se hayan establecido para cumplir esa manifestada finalidad, que no puede calificarse —dice el Supremo— como fin remoto frente a lo que entendió el Tribunal *a quo*.

La tercera de las sentencias citadas por la de 9 de diciembre de 1983, que comentamos, es de 27 de octubre de 1964, también muy conocida. La examina Díez Picazo en su obra *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1979, vol. I, págs. 133 y ss.

Don F. S. T. y doña I. R. von B. formularon demanda contra la sociedad U. E., solicitando la devolución de la cantidad entregada en virtud de contrato de compraventa de terreno, en el cual se hacía constar la superficie edificable de la finca, siendo así que resultó que el terreno en cuestión no era edificable en absoluto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda, por error en el consentimiento. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declaró no haber lugar al mismo, diciendo entre otras cosas: «Que cuando la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuyeron y la de que carece fue la que principalmente motivó su celebración, el consentimiento prestado ha de reputarse nulo, ya que lo fue en atención al equivocado supuesto de que concurrían en el objeto sobre el que se pactó otras características, cuya importancia, así como la convicción de su existencia, era la motivadora de la convención, constituyen temas que, conforme a reiterada jurisprudencia, corresponden como cuestión de hecho la una y de interpretación de los negocios jurídicos la otra, apreciar y enjuiciar al Tribunal de Instancia».

El Supremo desautoriza el criterio del Tribunal *a quo*, que había subestimado la condición de edificable, considerándola carente de entidad bastante para la anulabilidad. Y la Sala reconoce que la imposibilidad de edificar es condición principal motivadora de la compraventa de los terrenos objeto del contrato.

Díez Picazo, *Estudios...*, *loc. cit.*, se pregunta si este caso es un supuesto de error o si se trata de un ejemplo de lo que Larenz llama «base del negocio subjetiva», pues en este caso sería necesario para entender el negocio ineficaz que la representación mental o esperanza de edificar fuese común a ambas partes.

La cuarta sentencia citada por el Supremo en la de 9 de diciembre de 1983, como antecedente o apoyatura de su fallo en esta última resolución, es la de 10 de octubre de 1980.

Había demandado la sociedad anónima S. contra otra del mismo género, de-

nominada ICC. Entre ellas se había celebrado el 1 de abril de 1970 un contrato por el que se arrendaba un local de cine a construir por la demandada. El hecho es que, construido el local, no se obtuvo la preceptiva licencia de apertura. La sociedad S. solicitó la resolución del contrato, por este motivo.

El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia la estimó en parte y decretó la resolución del contrato y el pago a la demandante de 8 millones de pesetas. Recurrieron en casación ambas partes (no sólo la actora, como dice por error el resumen del repertorio Aranzadi, número 3619). El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los dos recursos.

La Sala Primera estimó bien aplicado el artículo 1.124 del Código civil, así como el 1.101. Ponemos de relieve este último precepto porque, como hemos dicho antes, acaso era el aplicable también a los casos de las dos sentencias que motivan este comentario, por violación de la *lex artis*.

La demandada había alegado que no era culpable de la falta de obtención de licencia de apertura, pues en su día había solicitado licencia de obras al Ayuntamiento y éste la había concedido. Por lo que, si hubo error de alguien, fue del Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo declara que por causa de la negativa a la concesión de licencia de apertura «la demandante se vio imposibilitada de ejercer dicha industria cinematográfica, quedando así frustrado el fin del contrato y éste ineficaz totalmente...».

La sentencia, en otro pasaje, dice que el contrato tuvo causa, y añade: «... es decir, la adjudicación de un edificio para someterlo a contrato de arrendamiento de local de negocio, un fin orgánico, traducido en el propósito, con carácter básico para una de las partes, de destinar el inmueble a local de proyecciones cinematográficas, y este propósito, aceptado expresamente por la otra parte, por causas sobrevenidas antes de la consumación total del contrato (denegación por la autoridad competente de la licencia de apertura necesaria) resultó jurídicamente inalcanzable, por lo que es equitativo que el perjudicado por la frustración pueda reclamar la ineficacia del contrato; con lo que éste no sólo queda a su arbitrio, sino que en otro caso sería la otra parte la infractora del artículo 1.256 del Código civil, invocado como infringido en este motivo; doctrina que ante la imposibilidad jurídica, posterior al contrato, de alcanzar la finalidad perseguida, base de la voluntad contractual, hace admisible y conforme con la normativa aplicada la tesis de la sentencia recurrida, tesis que, por otra parte, ha inspirado ya, entre otras, las sentencias de esta Sala de...».

La quinta y última de las sentencias citadas por la de 9 de diciembre de 1983, que comentamos, es la de 30 de junio del mismo año 1983.

Se trataba en aquel caso de la venta de unas parcelas de garaje. Se alegaba, como causa de incumplimiento del contrato, la ineptitud, por insuficiencia de espacio, de cada una de las participaciones indivisas del sótano vendido para el fin de agarajamiento (sic). El Tribunal *a quo* consideró aplicable el artículo 1.124 del Código civil. La Sala del Supremo maneja los artículos 1.101 y 1.124, *pareciendo* que se inclina más por la aplicabilidad del primero pero sin que por ello modifique su criterio, pues sienta la doctrina, desde luego interesante, de «la improcedencia de casar una sentencia cuando a la misma conclusión que en ella se sienta habría de llegarse utilizando una más adecuada vía...».

También en esta resolución se advierte un dato que venimos señalando, es

decir, que muchos de los problemas técnicos que a veces se intentan resolver mediante la invocación de doctrina más o menos alambicadas, por ejemplo la de la frustración del fin del contrato, pueden solventarse por vía de la aplicación de la teoría del incumplimiento derivada de los artículos 1.101 y concordantes del Código civil. En este sentido, no se alcanza a comprender por qué la sentencia de 9 de diciembre de 1983 cita ésta a la que ahora nos referimos como antecedente de su doctrina, pues en rigor no se trata de un caso de frustración, sino lisa y llanamente de uno de incumplimiento.

El examen de esta jurisprudencia citada en su propio apoyo por la sentencia de 9 de diciembre de 1983, lleva a la conclusión de que sólo las sentencias de 30 de junio de 1948 (caso *Más contra Carsí*) y de 10 de octubre de 1980 (arrendamiento de un local para sala de cine) versan sobre auténticos supuestos de frustración del fin de contrato.

Partimos de la base de que la frustración del fin del contrato juega en casos de modificación sobrevenida de las circunstancias. Así la contempla, por ejemplo, Espert en toda su monografía. Y Díez Picazo, en el prólogo a la misma, habla de «alteración o modificación de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración de un contrato».

Sentado esto, no se ve del todo claro que en la primera de las sentencias que comentamos (la de 3 de noviembre de 1983) haya un caso de frustración. Desde luego, se trata de un contrato de ejecución diferida (Espert, *cit.*, pág. 174). Había un fin del contrato, entendido como propósito que era básico para una de las partes y al que pensaba llegar mediante el contrato, propósito que había sido conocido por la otra parte y ésta había aceptado o, por lo menos, no había rechazado (Espert, *cit.*, pág. 202). El fenómeno de frustración se había producido entre la perfección del contrato y su total consumación (Espert, *cit.*, pág. 175). Pero hay que tener presente, como antes apuntábamos, que no es del todo evidente, por lo que resulta de la sentencia del Supremo, que el nuevo plan de ordenación de la comarca de Barcelona no fuera conocido o hubiera debido serlo (en su fase de proyecto) por el arquitecto demandante. Repárese en que en la contestación a la demanda el cliente o comitente alegó la previa apertura (antes de presentarse el proyecto al visado del colegio) de la información pública del plan de ordenación urbanística. Y luego, en su motivo tercero de recurso, el propio comitente demandado invoca error de derecho en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de Instancia, al declarar ésta que la aprobación del Plan de Ordenación Urbana de la Comarca de Barcelona había sido una sorpresa o circunstancia imprevisible para el arquitecto demandante.

El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre este extremo y nada dice sobre la posibilidad o no de haber conocido el arquitecto —durante la ejecución de su proyecto— el plan urbanístico proyectado y luego aprobado. Ante tal silencio, y habida cuenta de los razonamientos que inspiran al fallo (*ratio decidendi*), podríamos admitir la aplicación al caso de la doctrina de la frustración del fin del contrato, que por cierto, no se menciona con este nombre en ningún lugar de la sentencia, pero que sin duda es la que la Sala está teniendo presente (la resolución habla de la «finalidad contemplada» por el contrato).

Pero donde a nuestro juicio, como hemos venido anticipando, *no parece* darse un caso de frustración del fin del contrato es en la segunda de las sentencias



omentadas, esto es, la de 9 de diciembre de 1983. Al menos, en ella se observa una cierta contradicción en punto a este extremo.

En efecto, por una parte se dice en la sentencia que el contrato tenía *desde su principio* una finalidad imposible de cumplir. El razonamiento se alza sobre la base de que la hoja de encargo tenía fecha de 13 de febrero, pero sin que se pudiera tener por cierta la misma, lo que mueve a la Sala a considerar como tal la de 31 de marzo, que fue cuando la citada hoja de encargo se presentó a visado en el Colegio de Arquitectos. Y dado que el Ayuntamiento había desestimado el estudio de detalle el 27 de marzo, el Tribunal concluye en la afirmación antes subrayada, es decir, que desde la fecha misma del contrato el terreno se sabía no edificable.

Por otro lado, la Sala dice luego que la relación de equivalencia entre las prestaciones quedó rota a consecuencia de *actos simultáneos al otorgamiento del contrato*, lo que remacha la idea antes citada.

Si esto es así, parece que no hubo juego de *circunstancias sobrevenidas*, sino de hechos coetáneos al contrato o anteriores a él, lo que excluye la aplicación de la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Lo que llama la atención es que más adelante la resolución diga que la ruptura de la equivalencia por hechos simultáneos al otorgamiento hizo que *deviniera* inexigible el pago del precio del proyecto. Más bien parece que había que haber dicho que la inexigibilidad era *originaria*, es decir, que se daba ya en el momento de la perfección del contrato, lo que tenía que haber conducido a la teoría de la inexistencia o nulidad por falta de objeto cierto (lo que se manifiesta de forma expresa en la sentencia, que aprecia la violación del artículo 1.261, 2.º, del Código civil), a la doctrina de la anulabilidad por vicio del consentimiento (por error e incluso por dolo) o a la del incumplimiento del artículo 1.101, por cuanto el arquitecto violó la *lex artis* al confeccionar un proyecto con desconocimiento de la imposibilidad jurídica de su ejecución.

En todo caso, es muy de agradecer que el Tribunal Supremo haya entrado en la doctrina de la frustración del fin del contrato, necesitada de una adecuada construcción jurisprudencial. En este sentido, la sentencia es indudablemente interesante.

Queda una cuestión teórica por examinar: la relativa a cuándo deben darse las circunstancias sobrevenidas que permitan poner en juego la repetida doctrina de la frustración del fin del contrato. Lo decimos porque la sentencia afirma que en virtud de tal doctrina se pierde el derecho a la contraprestación, *debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas*.

Esta frase subrayada debe ser objeto, a nuestro juicio, de matización, pues parece que la inexigibilidad de la prestación pendiente (en el caso de autos el precio del proyecto) y la eventual devolución de la misma si se hubiera ya efectuado, debe limitarse al caso de que la circunstancia determinante de la frustración del fin del contrato se hubiere producido entre la perfección y la consumación; esto es, en el caso de la sentencia, antes de que el proyecto se hubiese entregado al comitente, pues sería injusto y determinante de una gran inseguridad jurídica que se pudiese alegar la frustración del fin por hechos posteriores a tal momento y que el ejecutor de la obra (el arquitecto) no hubiese conocido *ni podido conocer* al llevarla a cabo. Se trata del caso de que, por ejemplo, un plan de ordenación urbana determine la inedificabilidad de un terreno después de ha-

berse entregado al comitente el proyecto que el arquitecto elaboró para la construcción en aquel solar y en condiciones tales que el plan fuera de verdad imprevisible para el arquitecto en cuestión. No sería otra cosa que la aplicación del principio de que el contratista asume los riesgos de perecimiento antes de la entrega, a tenor del artículo 1.590 del Código civil, precepto que nos extraña no haya sido citado, como antes decíamos, al menos por la primera de las dos sentencias que comentamos en este trabajo.

Cabe preguntarse por la repercusión del deber de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista. Al requerir una disposición ética de *corrección y lealtad*, el artículo 7.1 del Código civil parece exigir una actitud de sinceridad informativa durante las conversaciones previas a la conclusión del contrato, encaminadas a fijar, sin error que invalide el consentimiento (artículo 1.265), el objeto sobre el que ha de recaer el acuerdo de voluntades. La buena fe *in contrahendo* se ha de manifestar en la noticia —escrupulosa y detallada— que debe tener el comitente de las posibilidades con que cuenta el proyecto de convertirse en obra edificada. Muy generalmente, cabe sostener que el derecho del contratista a perfeccionar el contrato en que está interesado —si técnicamente puede considerarse derecho subjetivo el interés en arrancar a la otra parte los asentimientos finales que dan lugar a confiar el encargo— no se ejercita de buena fe si, a lo largo de esas conversaciones previas, se omite dicha información o, temiéndose que el abordar el tema de la viabilidad urbanística del proyecto pueda disuadir al comitente, la cuestión no se suscita. Ahora bien, si de la falta de lealtad y corrección se hace derivar un incumplimiento contractual, hay que renunciar a sostener que el defecto o la reticencia informativos influyeron en la formación del consentimiento y lo viciaron por error, dolo o ambos interaccionadamente. Si la infracción del deber de buena fe tiene lugar, como aquí ocurre, al tiempo de contratar y no se discute su influjo en la formación de un consentimiento que se reputa válido, el incumplimiento (artículo 1.101) proviene de haber dado lugar el contratista a la inutilidad económica del proyecto, acerca de cuya viabilidad no informó o no quiso informarse. La estructura de este incumplimiento se asemeja mucho a lo que los penalistas predicán del *dolus generalis* o dolo flotante, pues la omisión constitutiva de la infracción acaece cuando se está contratando, aunque, lejos de revelarse entonces como un obstáculo a la realización del programa contractualmente previsto, lo destruye en un momento posterior. Hay aquí una suerte de propagación difusa de la culpabilidad civil del contratista. La violación de la buena fe *in contrahendo* consistiría en prescindir de las averiguaciones indispensables para conocer la viabilidad del proyecto o en no querer averiguar —por temer una información negativa o confiar en que la dificultad no ha de surgir— las previsiones o perspectivas al respecto; inobservancia que es el germen del incumplimiento apreciado al constar que la averiguación no hubiese sido ociosa, desde el momento en que el fin del contrato se ve frustrado por la contumacia —¿*dolo tenaz*, a imitación del incumplimiento que los canonistas consideran una actitud de rebeldía contra el carácter sagrado de la ley?— del contratista, obstinado en no ocuparse de este extremo informativo, aun después de perfeccionado el contrato, cuando todavía estaba a su alcance la posibilidad de evitar la transformación de la voluntad de no cumplir en un incumplimiento materializado y lesivo.

Es difícil precisar en los casos que se examinan, pues ello no se infiere de la

lectura de las resoluciones comentadas, si el incumplimiento procede de una conducta dolosa o sólo negligente del contratista. Si ocurre lo primero, cuesta aceptar que medie dolo *in adimplendo* (artículo 1.101) y es preferible hablar de un dolo *in contrahendo* (artículo 1.269), pues no es fácil admitir que en tales condiciones haya llegado el consentimiento a formarse con la plenitud y consistencia requeridas para reconocer que exista un contrato inicialmente válido y después incumplido. Nadie discute el engaño consistente en silenciar o no plantear la indisponibilidad de un dato —la luz verde urbanística del proyecto encomendado al arquitecto— que, de haberse sabido por el comitente, le habría llevado a desistir de las conversaciones previas o, cuando menos, a suspenderlas en tanto ese punto no se aclarase satisfactoriamente. El que el artículo 1.269 del Código civil requiera, al definir el dolo, *la acción eficazmente influyente* de uno de los contratantes sobre la voluntad del otro, cuestiona el alcance del comportamiento del contratista que, mostrándose poco leal con el comitente, no llega a presionarle con bastante intensidad para entender que haya de su parte una maquinación insidiosa, por desplegar una maniobra inductiva en que soporte todo el peso de la iniciativa de la contratación. La maquinación implica cierta *puesta en escena* —algo, pues, aparatoso y complejo— que sirva al agente doloso para proponer una oportunidad contractualmente atractiva y ante cuyo señuelo claudica la otra parte. En los casos aquí referidos, el engaño del contratista —si existe— más que inducir a contratar, pretende disuadir del apartamiento del *iter* contractual, por parte del comitente, principal interesado en su continuación y feliz término. La dosis de supuesto engaño empleado por el contratista violaría el mandato general del artículo 7.1 del Código civil, pero lejos de constituir un dolo eficientemente causal del estado psicológico de error sustancial, sólo contribuiría a este vicio del consentimiento. ¿Hasta dónde no está obligado también el comitente a insistir en la averiguación de dicho extremo? ¿No cabe que, por avidez en materializar los resultados económicos de la realización del proyecto, prefiera creer, sin plantearse tal dificultad, que ésta es trivial o no va a producirse o se soslayará fácilmente? La falta de lealtad y corrección del contratista puede acusar especies de culpabilidad civil menos intensa, a título de dolo o culpa. Habrá dolo eventual si —impulsado por móviles egoístas y queriendo evitar, a toda costa, la pérdida del encargo— sabe que pueden esperarse obstáculos administrativos a la realización del proyecto, aunque, prefiriendo pensar que no se van a dar o que los temores obedecen a un precipitado alarmismo, elude toda comprobación o pesquisa, aun absteniéndose de apuntar ese reparo en el curso de las conversaciones previas. Próxima al dolo eventual estaría la culpa con previsión, si el contratista estima que ese obstáculo queda fuera de toda posibilidad, siendo así que un examen atento de la situación —en vez de una contemplación superficial o ligera— revelaría las probabilidades de dicho impedimento. En el dolo eventual, la fruición y avidez del contratista nubilan su actitud crítica ante las probabilidades de que ese obstáculo frustre el fin del contrato; en la culpa con previsión, la trivialización de la dificultad lleva a rechazarla como un mal pensamiento, que no tiene entidad para inspirar una seria objeción al programa contractual.

## 2. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Otro aspecto merecedor de examen —dada la calificación como obligación de resultado que caracteriza a la del contratista— es la distinción, muy parcamente considerada en la doctrina, entre obligaciones de medios o simple actividad y obligaciones de fines o de resultado.

El incumplimiento de las obligaciones puede construirse, a semejanza de la clásica doctrina de los caracteres del delito, como un acto injusto en que los elementos —generalmente objetivos— de antijuricidad coexisten con los subjetivos que, en las especies de dolo o culpa, atañen a la culpabilidad. La diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de fines radica en la necesidad de que la falta de diligencia —reverso de la intensidad psicológica con que todo deudor se ha de aplicar a realizar la prestación— se pruebe en las primeras y se presuma en las segundas. El deudor puede prometer al acreedor un resultado o efecto útil —como es, en los casos referidos, el proyecto de edificación realizable y apto para procurar un beneficio económico— siempre que la naturaleza de la prestación o las singularidades del medio en que se opera (pues todo ello pertenece al *círculo de la obligación*) determine que la obtención del resultado sea consecuencia natural y directa de la ejecución íntegra de la prestación (artículo 1.157), dándose una correspondencia rigurosa entre plenitud de cumplimiento o pago completo y satisfacción cabal del interés del acreedor. El que, tratándose de obligaciones de resultado, los actos que componen la ejecución del programa contractual no queden obstados por acontecimientos capaces de frenar o desviar su natural eficacia, significa que, si el resultado no llega a producirse, es porque el deudor no ha cuidado de dar todos los pasos que, al ser constitutivos de una prestación íntegra, deberían desencadenar fatal e inexorablemente la consecuencia útil querida por el beneficiario. El fracaso o frustración de la utilidad del acreedor de una obligación de fines es algo que, por completamente acreditado a la luz del artículo 1.249, lleva a presumir que el deudor —en cuyo *iter adimplendi* no se interpuso ningún obstáculo ni elemento de contención— no logró aportar la dosis de animación psicológica que, en caso de haberse alcanzado, provocaría un cumplimiento liberatorio, por no quedar ninguna parcela del interés contractual exenta de la conveniente atención. El deudor de resultado deberá enervar la presunción y demostrar que una concausa externa —pues, por definición, la naturaleza de la prestación no entraña dificultades intrínsecas consustanciales— llegó a paralizar los efectos de la causa eficaz *a se ipsa* para conseguir el fin prometido.

Un mimetismo superficial inclinaría a sostener que de las obligaciones de fines o de resultado no forman partes ciertas obligaciones de hacer. La clasificación de las obligaciones a causa de la morfología de la prestación —dar, hacer u omitir algo (artículo 1.089)— se ha pensado en función de un criterio procesal, que es la realización del derecho de crédito ejercitado por el acreedor frente al deudor; lo prueba la correlación de los artículos 1.094 y siguientes del Código civil, con las reglas que a la ejecución forzosa dedican los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La doctrina de las obligaciones de resultados y las obligaciones de medios se construye, independientemente de su morfología, a fin de graduar la medida en que la intensidad psicológica del comportamiento del deudor se tiene en cuenta material —criterios de apreciación de la culpa— y

procesalmente —sistema de prueba de la diligencia— para determinar si aquél resulta liberado.

Cuantas veces la naturaleza de la prestación o las condiciones objetivas del medio en que se da no impidan la normal eficiencia causal de la conducta del deudor, que ponga todos los actos constitutivos de la misma, el efecto del *facere* tiene que consistir en procurar al acreedor la utilidad apetecida o, si se prefiere, el colmar su interés. De un mismo tipo de contrato civil, cuya prestación consiste en hacer algo, nacen, según los casos, obligaciones de resultado u obligaciones de medios. El arrendamiento de los servicios consistentes en la limpieza ordinaria de unas dependencias puede caracterizarse porque el arrendador esté en condiciones de dominar físicamente la práctica y perfección de todas las operaciones que conducen al pleno cumplimiento del contrato, de suerte que su realización produzca, sin más, el resultado prometido.

No se concibe entonces un obstáculo que venga del círculo mismo de la obligación y erosione la posibilidad del cumplimiento, dado su automatismo. El mismo contrato, materialmente ejecutado por personal dependiente al servicio del arrendador, incorpora una dosis de riesgo —la conflictividad laboral— condicionante del feliz resultado y determinante de que el arrendador no pueda dominar su producción ni garantizar su integridad. Superando esta distinción, se ve cómo el encargo de servicios médicos no siempre desencadena el todo de los efectos inherentes a la integridad de la prestación, pues, no obstante emplearse toda la diligencia requerida, el acierto del diagnóstico o la curación del paciente se exponen al riesgo de una acción contraria de la naturaleza. De modo similar, hay obligaciones de dar —piénsese en el generalizado ejemplo de la venta de cosa ajena o futura—, en que el deudor no deja de incluir en la perspectiva de sus cumplimientos los imponderables que se opongan a que pueda hacer suya la cosa vendida o conseguir que adquiera la realidad pactada.

A diferencia de las obligaciones de resultados, en que la falta de diligencia del deudor se presume y a él incumbe desnaturalizar la presunción, una obligación de simple actividad se caracteriza por no ser estadísticamente abrumador el dato de que el resultado deba ser consecuencia inflexible de la realización de todos los actos integrantes de la prestación. Ello motiva una reflexión relativa al artículo 1.157 del Código civil, que, según la perspectiva desde que sea leído, sirve para una y otra clase de obligaciones. A la luz de esta distinción, el pago —modo extintivo de las obligaciones— siempre ha de ser satisfactorio en las de fines y puede no serlo en las de medios. De ahí que sea bicompreensiva la fórmula del artículo 1.157. Respecto a las primeras, quiere decir que la ejecución íntegra de lo prometido es consecuencia inexorable de haber empleado el deudor la diligencia necesaria en un régimen de causalidad —normal y no entorpecida— para alcanzar la utilidad deseada, mientras que, tocante a las segundas, se indica que la deuda puede estar pagada —recuperando así el deudor su libertad civil— con la ejecución de todos los actos debidos de que la prestación está formada, pero ello no supone siempre que se satisfaga el interés del acreedor, si este objetivo resulta físicamente inaccesible, a pesar de haberse usado de toda la diligencia que requiere el artículo 1.104 del Código civil.

Basta que el acreedor no obtenga la satisfacción ofrecida por el deudor de resultado para que la falta de diligencia de éste se presuma, porque no se concibe

que el proceso causal —desencadenado en virtud del cumplimiento completo— deje de desembocar en el efecto apetecido.

Sólo excepcional e imprevisiblemente se puede interferir otro agente —situado fuera del círculo de control e imputabilidad del deudor— que altere la normalidad de ese ciclo causal, pero el propio deudor habrá de acreditar entonces la patología derivada de la interferencia, probando el evento externo —no el fortuito interno, del que continúa respondiendo— a que se refiere el artículo 1.105. La falta de cooperación del acreedor puede impedir que se completen aquellos actos que el artículo 1.157 —literalmente entendido— no pone del todo a cargo del deudor, pues la prestación puede consistir en una cooperación del beneficiario que, si no se suma a los actos integrantes de la actuación del obligado, priva también del resultado. La fuerza irresistible o mayor puede inutilizar la ejecución de algunos de los actos que, por parte del deudor e incluso del acreedor, componen la prestación. El razonamiento vale para todas las obligaciones de resultados de dar o de hacer, caracterizadas porque de su naturaleza se desprende que la ejecución integral de la promesa lleva físicamente implícita la puesta de la cosa en poder del acreedor o la adquisición de la plena utilidad del servicio prestado.

## EL CRITERIO DE LA REALIDAD SOCIAL EN LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

(Comentario a la sentencia del 13 de abril de 1984) \*

Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE  
Doctor en Derecho

**SUMARIO:** 1. Supuesto de la sentencia. 2. Planteamiento. 3. Evolución legislativa en tema de derechos sucesorios del hijo adoptivo. 4. Argumentaciones esgrimidas en torno a la determinación e interpretación de la normativa aplicable. 5. El factor «tiempo» y el criterio de la realidad social. 6. A) La conservación del efecto práctico esencial de la norma, como límite de la interpretación sociológica. B) La determinación de la realidad social. 7. Breve apunte de Derecho foral.

1. Es objeto del presente comentario la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en fecha 13 de abril de 1984, y en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza por doña M. G. B. contra doña M. B. C., sobre determinadas declaraciones relativas a la sucesión hereditaria de don J. B. G. La demanda, doña M. B. C., formuló a su vez reconvencción sobre las mismas declaraciones.

El Juez de Primera Instancia de Ibiza desestimó la demanda interpuesta por doña M. G. B., y estimó la reconvencción efectuada por doña M. B. C. La demandante-reconvenida formuló recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, Tribunal éste que estimó el recurso mencionado, revocando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia y estimando en todas sus partes las demandas deducidas por doña M. G. B. La demandada-reconveniente interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al mismo.

Los hechos que dieron lugar al pleito, y constituyen la base fáctica de la decisión del Tribunal Supremo son los siguientes: a) con fecha *31 de agosto de 1912*, don J. B. G. otorgó testamento en el que, entre otras disposiciones que aquí no interesan, instituye como herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley»; b) por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza de fecha *13 de mayo de 1931*, y por escritura pública de 23 de mayo del mismo año, don J. B. G. y su esposa, doña M. C. T., adoptaron a doña M. B. C., no obligándose los adoptantes a instituir heredera a la adoptada; c) don J. B. G. falleció el día *7 de mayo de 1951*, sin haber otorgado disposición alguna de última voluntad con posterioridad a la mencionada sub a).

El pleito se plantea entre doña M. G. B., sobrina del causante, que solicita para sí y para sus hermanos y primos (todos ellos también sobrinos de don J. B. G.) la declaración de ostentar la calidad de herederos *ab intestato* del causante y ser, por tanto, herederos del mismo en todos sus bienes; y como

---

\* La sentencia objeto de comentario ha sido extractada y anotada, en esta misma revista, por G. G. C. (Gabriel García Cantero).

demandada-reconviniente, doña M. B. C., que solicita para sí la declaración de heredera legítima de su padre adoptivo, así como la asignación a ella de los bienes de la herencia.

Fue ponente de esta sentencia don Antonio Sánchez Jáuregui.

2.—Las cuestiones que suscita la resolución de este caso —en apariencia sencillo— derivan primordialmente del hecho, en alguna medida sorprendente, de haber transcurrido más de un cuarto de siglo entre el fallecimiento de don J. B. G., y el recurso a los Tribunales para solventar los problemas derivados de su sucesión.

Así, son tres los puntos en los que, como consecuencia de los motivos alegados para fundamentar el recurso de casación, se centra la atención del Tribunal Supremo: a) la determinación de las normas aplicables y su interpretación, con especial alusión al criterio de la realidad social a que se refiere el artículo 3-1.º C. c. (considerandos segundo y tercero); b) la interpretación del testamento (considerando cuarto); c) y la aplicación de las disposiciones transitorias del Código civil (considerando quinto).

De ellos no plantean especiales dificultades ni revisten un interés particular las recogidas sub b) y c) en el párrafo precedente; me remito, en cuanto a la doctrina sentada con respecto a estas cuestiones al extracto y anotación de esta sentencia efectuado por G. G. C., y aparecido en esta misma Revista. Queda centrado así el presente comentario en el problema de la determinación e interpretación de las normas aplicables al caso.

3.—Como es sabido, el régimen de la adopción en el Código civil ha sido objeto de sucesivas reformas, por leyes de 24 de abril de 1958, 4 de julio de 1970 y 13 de mayo de 1981; así, pues, son cuatro las regulaciones que han estado en vigor desde la promulgación del Código civil en materia de adopción: la contenida en la redacción originaria del citado cuerpo legal, y las procedentes de cada una de las reformas citadas (1). A ellas habría que sumar, para un (previsible) próximo futuro, la contenida en lo que hoy es solamente un nuevo proyecto de reforma de la adopción (2).

Esta evolución legislativa ha afectado directamente a los derechos sucesorios del adoptado en la herencia del adoptante. Así, en la regulación original del C. c., el adoptado no adquiriría derecho a heredar al adoptante «a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle

---

(1) No es éste el momento ni lugar oportuno para efectuar una referencia bibliográfica exhaustiva de estudios sobre la adopción. Me limitaré, por tanto, a señalar algunos estudios generales, abarcando las diferentes regulaciones que ha conocido en este tema el Código Civil. Así, respecto a la contenida en la redacción primitiva del Código, y la procedente de la Ley de 24 de abril de 1958, GAMBÓN ALIX, *La adopción* (Barcelona, 1960). Respecto a la reforma operada en 1970, GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen de la adopción*, A. D. C., 24 (1971), p. 789 y s.; y RODRÍGUEZ CARRETERO, *La persona adoptada* (Madrid, 1973). Y respecto a la regulación hoy en vigor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *De la adopción*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por ALBALADEJO, T. III, vol. 2.º (Madrid, 1982), p. 260 y s.; y del mismo autor, *De la adopción*, en «Comentarios a las reformas del Derecho de Familia», vol. II (Madrid, 1984), p. 1147.

(2) De ello da noticia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. últ. cit., p. 1149, n. 1 bis.



heredero» (art. 177). Esta situación variará sustancialmente tras la reforma de 1958: «por ministerio de la ley el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido» (art. 179). La novela reformadora de 1970 continuó la evolución en el mismo sentido, estableciendo que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos», y distinguiendo esa posición según si el adoptado concurría sólo con hijos legítimos, o también con hijos naturales reconocidos (art. 179). Por último, la redacción actual del artículo 179 C. c. concede al hijo adoptivo o sus descendientes la misma posición que los demás hijos o descendientes en la sucesión del adoptante.

El caso resuelto por el T. S. en la sentencia comentada ha conocido todas las regulaciones referidas, ya que tuvo su origen cuando se encontraba todavía en vigor el primitivo artículo 177 C. c., y el T. S. dictó su resolución bajo el imperio de la redacción actual del artículo 179 C. c. Hay que poner de relieve, en relación con ello, que únicamente la ley de 1970 contiene una Disposición Transitoria referida a la adopción y dirigida a solventar los problemas de Derecho transitorio suscitados por la entrada en vigor de la reforma (3); sin embargo, dicha Disposición Transitoria no aborda directamente la cuestión debatida —sucesión del adoptado en la herencia del adoptante—, salvo en lo que se refiere a los pactos sucesorios, y para señalar que podrían quedar sin efecto.

Parece oportuno, por tanto, sugerir al legislador, cara a la nueva reforma de la adopción que se anuncia, la inclusión de las oportunas Disposiciones de Derecho transitorio, a fin de evitar los litigios, que, en su defecto, podría ocasionar la entrada en vigor de dicha reforma (4).

4.—Entiende el T. S. ser aplicables a este supuesto el artículo 177 C. c. en su versión originaria, y los artículos 657 y 661 del mismo texto legal (en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones), así como las Disposiciones transitorias 1.ª y 12.ª del citado Código. A continuación, el T. S., interpretando los artículos citados, efectúa la argumentación que, por su interés, se transcribe a continuación:

«...la norma aplicable en orden a la determinación de los derechos que correspondían a doña M. B. C. como hija adoptiva de don J. B. G. a la fecha del fallecimiento de éste..., era la contenida en el artículo 177 del Código civil, según la inicial

---

(3) El texto de la disposición citada es como sigue: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado».

(4) Ya G. G. C., en su Nota a la sentencia objeto de comentario, pone de relieve que «las sucesivas reformas de la normativa adoptiva, sin haberse prestado especial atención a las situaciones de Derecho transitorio, son proclives a originar litigios.»

redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta a la de acudir al sentido de sus propias palabras, sentido que en el caso concreto de la presente controversia no puede ser alterado por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que la norma legal —...— ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en el año 1951, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor «tiempo» haya que referirlo al indicado año, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución, razonamientos de los que, en definitiva, se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma en la fecha concreta de su aplicación, por haber acaecido el hecho que originaba automáticamente la adquisición del derecho, no puede afirmarse sean lo que las sucesivas modificaciones del Código civil en relación a los derechos sucesorios del adoptado han venido sancionando a través de las modificaciones de los preceptos pertinentes...».

La determinación de los preceptos aplicables no presenta especiales dificultades; sí, su interpretación. El razonamiento frente al que el T. S. esgrime la argumentación reproducida podría formularse de la siguiente manera: a) es de aplicación el artículo 177 C. c., en su primera redacción, pero dicho artículo se aplica por el T. S. en 1984; b) por tanto, deberá tenerse en cuenta para su interpretación la realidad social del tiempo en que se aplica (art. 3-1.º C. c.); es decir, la de 1984; c) esa realidad social conduce a reconocer derechos sucesorios en la herencia del adoptante al hijo adoptivo, y con tanta fuerza que ha sido asumida por la ley en las sucesivas reformas del C. c.; d) sería de aplicación la normativa vigente en 1984, como conclusión, no directamente, sino en cuanto constituye fiel reflejo de la realidad social.

La argumentación que emplea el T. S. para rebatir el razonamiento reflejado en el párrafo precedente, puede ser desdoblada en dos aspectos: a) la determinación del «tiempo» a que se refiere el artículo 3-1.º C. c.; b) y las consecuencias antijurídicas de la interpretación propuesta por el recurrente.

5.—La inclusión en el artículo 3-1.º C. c. de la realidad social como criterio de interpretación de las normas jurídicas ha sido objeto del elogio unánime de la doctrina (5).

---

(5) Por todos, cfr. CASTÁN, *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. I, vol. 1.<sup>21</sup> (revisado y puesto al día por DE LOS MOZOS), (Madrid, 1978), p. 536; y ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 1.<sup>97</sup> (Barcelona, 1982), p. 167. Implícitamente también, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol 1.º (Barcelona,

En realidad, el criterio sociológico que contiene el precepto citado puede abarcar dos situaciones diferentes. En primer lugar, la aparición de nuevos supuestos de hecho no contemplados por la norma, y a los que se extiende su eficacia por vía de interpretación; a esta posibilidad se refiere expresamente la Exposición de Motivos del texto articulado de reforma del Título Preliminar del C. c. (6). En segundo lugar, la alteración en la consideración social de hechos ya contemplados por la norma, pero que ésta resuelve con criterios diferentes y aún contrarios a los socialmente vigentes (7). La aplicación del criterio sociológico que se pretende en el caso resuelto por la sentencia comentada, corresponde a la segunda de las posibilidades indicadas.

La dicción literal del artículo 3-1.º C. c. —«las normas se interpretarán... en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...»— exige, como paso previo a la utilización del indicado criterio, la determinación del «tiempo en que han de ser aplicadas». Es lo que hace el T. S. en la sentencia comentada cuando afirma que el factor «tiempo» en el caso contemplado por la sentencia, hay que referirlo al año 1951, año en que se consuma con plena virtualidad la situación jurídica debatida, por haber acaecido en él el hecho que originaba automáticamente la adquisición del derecho.

Normalmente, el mencionado factor «tiempo» parece que debe referirse al momento en que el juzgador conoce el litigio, y lo resuelve mediante la aplicación de las normas pertinentes; entonces, la realidad social que deberá tener en cuenta es la de ese momento, que es la que le rodea y conoce por propia experiencia —sobre ello volveré más adelante.

Sin embargo, esta regla no carece de excepciones; una de ellas —y muy correctamente apreciada, en mi opinión— es la que propone el T. S. en la sentencia estudiada: el fallecimiento de don J. B. G. originó *automáticamente* —en virtud de los artículos 657 y 661 C. c.— la *aplicación* del artículo 177 C. c. en su redacción original entonces vigente, ya que es precisamente este artículo el que determina los derechos sucesorios (o mejor, su ausencia) de doña M. B. C., derechos que son los que se transmiten y adquieren por el solo hecho de la muerte del causante (arts. 657 y 661 C. c.). Por tanto, la realidad social que debe tener en cuenta el juzgador parece que es la de 1951 (año en que, como se ha visto, tuvo aplicación el artículo 177 C. c.),

---

1982), p. 251 y s.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I<sup>o</sup> (Madrid, 1984), p. 181 y s.

(6) El texto es como sigue: «La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos».

(7) Apuntan esta distinción Díez PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 183. Aunque la Exposición de Motivos de la reforma del Título Preliminar no contempla directamente esta segunda posibilidad, cabría considerarla incluida en dicha Exposición si se entiende que esa alteración en la valoración social de los hechos contemplados por el precepto a interpretar, constituye precisamente una circunstancia surgida con posterioridad a la formación del mencionado precepto.

y no la de 1984. Conviene insistir en que ese automatismo en la aplicación del artículo 177 C. c. deriva directamente de los dos preceptos del C. c. que así lo establecen —arts. 657 y 661 —y no de una alambicada interpretación. Así, podría decirse que la sentencia dictada en 1984 no tanto aplica el artículo 177 en su redacción original, cuanto declara y obtiene consecuencias de la situación jurídica originada por la aplicación automática del artículo 177 C. c. en 1951 (8).

6.—Por otro lado, la aceptación del razonamiento del recurrente, y consecuente aplicación por vía de interpretación sociológica correctora, del artículo 179 actualmente vigente a la sucesión de don J. B. G. conduciría a resultados antijurídicos.

A.—Es límite comunmente admitido de la interpretación sociológica de la norma, en expresión de Lacruz (9), la conservación de su efecto práctico esencial, de manera que a través de este criterio no se llegue a inaplicar la ley o a modificarla; así lo afirman tanto la jurisprudencia como la doctrina (10). De admitirse la tesis contraria a la establecida por el T. S., se hubiera producido no una interpretación del artículo 177 acorde con la realidad social, sino lisa y llanamente la derogación de dicho artículo y su sustitución —con efectos en 1951, naturalmente— por los criterios establecidos en las posteriores reformas del régimen de la adopción.

Eso es tanto como reconocer a estas reformas unos efectos retroactivos que no les son concedidos por las leyes que las pusieron en vigor, con vulneración evidente de lo establecido en el artículo 2.3.º C. c. En efecto, admitir —por ejemplo— que una interpretación del artículo 177 C. c. en su redacción original, adecuada a la realidad social, consiste en aplicar los criterios actualmente vigentes (conviene insistir: vía interpretativa) en materia de derechos sucesorios de los hijos adoptivos, es tanto como conceder, sin más, eficacia retroactiva a la reforma de 1981, en cuanto se aplican dichos criterios a una sucesión abierta en 1951. Es a lo que se refiere el T. S. cuando niega que «el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos

---

(8) Parece oportuno resaltar que con ese «automatismo» del que se habla en el texto, no se trata de optar entre la interpretación germanista o romanista de la adquisición de la herencia; tal automatismo se refiere a la *vocación* hereditaria que, al menos conceptualmente, es un momento lógico anterior al de la *adquisición* de la herencia. Dicha *vocación* se produce en el instante mismo de la muerte del *de cuius*, y a ese instante por tanto se atiende para determinar quiénes son los herederos —*recte*: quiénes son los llamados a heredar—, para calificar su capacidad. Así, a los dos preceptos citados en el texto podrían añadirse los artículos 758 y 914 Cc. En torno a todo ello, cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho de Sucesiones* (Barcelona, 1981), p. 41 y s.

(9) LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 253.

(10) En cuanto a la jurisprudencia, pueden consultarse las conocidas sentencias de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970. En cuanto a la doctrina, pueden consultarse las conocidas sentencias de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970. En cuanto a la doctrina, y además de LACRUZ, *ibid.*, SANTOS BRIZ, *La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, en el Libro-Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre, vol. I (Madrid, 1976), p. 766; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *op.cit.*, p. 182.

podiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución» (11).

B.—Cuestión complicada y de difícil solución puede ser la de la determinación de la realidad social conforme a la que han de interpretarse las normas; cuestión esta en la que es preciso proceder —como aconsejan las ya citadas sentencias de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970— por parte de los juzgadores, «con mucho tino y prudencia», por tratarse de un factor cuyo empleo es muy delicado (en palabras de la Exposición de Motivos de la reforma del Título Preliminar).

Uno de los criterios utilizados para realizar la determinación de la realidad social —y que se puede identificar tanto en la argumentación del recurrente como en el texto más arriba reproducido de la sentencia comentada— es el que procede de las reformas legislativas, y de la consideración de que éstas responden a exigencias de la realidad social. Así lo hace, por ejemplo, la sentencia de 21 de noviembre de 1934 al señalar que la aplicación del criterio sociológico «se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva, o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la ley suprema del Estado».

El empleo de este criterio, que puede resultar de gran utilidad en muchas ocasiones, no se halla exento de peligros, el principal de los cuales es el del automatismo; es decir, identificar toda reforma legislativa con la realidad social. Ello no responde, evidentemente —y permítaseme la redundancia— a la realidad; es verdad que numerosas reformas del Código civil o de otros textos legales responden, en todo o en parte, a exigencias sociales efectivas; pero no es menos cierto que dichas reformas pueden obedecer en otras ocasiones a causas bien diferentes (e igualmente dignas de respeto). Así, por ejemplo, la introducción en el Código civil del régimen económico matrimonial de participación no parece deberse tanto a la necesidad de consagrar legislativamente una exigencia social, cuanto al deseo de mejorar en el aspecto técnico la regulación de los regímenes económicos matrimo-

---

(11) Un caso similar en ciertos aspectos es el resultado por el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia de 1 de junio de 1981, en torno a la inconstitucionalidad del artículo 252-2 y 3 de la Compilación del Derecho civil Especial de Cataluña («B. O. E.» 16 de junio de 1981; *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 3 —julio de 1981—, p. 163 y s.). De ella reproduzco el siguiente párrafo, que niega efectos retroactivos a la Constitución con respecto a derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la misma: «... de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el artículo 252 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978, y no podría tener repercusión alguna sobre derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 de agosto de 1975) del causante de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 del Código civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (art. 758 del Código civil)».

niales (12). Es por eso que las reformas legislativas sólo pueden considerarse como exponente de la realidad social cuando en su génesis y contenido respondan a exigencias derivadas de la misma realidad, y sólo en la medida en que lo hagan.

La determinación fiable de los criterios sociológicos a cuya luz han de ser interpretadas las normas sólo puede realizarse por medio de encuestas serias, que exceden de las posibilidades del juzgador, y encarecerían y alargarían excesivamente los procedimientos judiciales. Por eso, y aun reconociendo los evidentes riesgos de subjetivismo que ello encierra, parece lo más correcto dejar esa determinación al conocimiento que de la realidad social tiene quien debe juzgar, por propia experiencia; naturalmente, el juzgador deberá tener en cuenta también el aspecto jurídico de la realidad social, que comprendería, por ejemplo, las reformas legislativas —con las matizaciones efectuadas más arriba—, o la existencia de una Constitución mayoritariamente aprobada (13).

7. Aunque no tiene relación con la aplicación del criterio sociológico en la interpretación de las leyes, no me resisto a apuntar aquí, muy brevemente, una cuestión cuyo planteamiento quizá podría haber hecho variar la resolución del T. S. Me refiero a la eventual existencia de alguna regla de Derecho especial ibicenco, relativa a la adopción, y que reconociera derechos sucesorios al hijo adoptivo.

La cuestión, desde luego, no resulta nada clara, ya que se plantea antes de la promulgación de la Compilación de Baleares, cuando la concreción del Derecho consuetudinario de las islas menores presentaba grandes dificultades (14); desde luego no resultarían aplicables sin más reglas procedentes de los derechos propios de Mallorca o Menorca, en absoluto identificables con el de las islas Pitiusas (15). Me limitaré a señalar, pues, dos vías de investigación, cuya profundización podría haber ofrecido alguna base a la intención de doña M. B. C.; a) la aplicación supletoria del Derecho romano justiniano, como consecuencia de haber estado en Ibiza bajo dominio bizantino (16), ya que ese Derecho reconocía al hijo adoptivo derechos sucesorios en la herencia del adoptante (17); b) la asunción, en este punto, por la

---

(12) Cfr. CASTÁN, op. cit., T. V., vol. 1.<sup>o</sup> (revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO) (Madrid, 1983), p. 504 y s.

(13) Conviene insistir en que este aspecto jurídico de la realidad social no es forzosamente decisivo a la hora de configurar dicha realidad; es simplemente un dato más que deberá tener en cuenta el juzgador para proceder a esa configuración, y cuya importancia variará según los casos.

(14) Cfr. CERDA GIMENO, *La revisión del Derecho civil especial de Ibiza y Formentera*, A. D. C. 26 (1973), p. 885.

(15) La independencia jurídica de las Islas Baleares entre sí es puesta de relieve tanto por la propia sistemática de la Compilación, como por la doctrina propia; así CERDA GIMENO, a lo largo de toda su op. cit. cfr. especialmente, p. 855).

(16) CERDA GIMENO considera tema dudoso la efectiva vigencia del Derecho justiniano en las Pitiusas: cfr. op. cit., p. 863 y s.; también, en *Compilación de Baleares*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», dirigidos por ALBALADEJO, T., XXXI, vol. 2.<sup>o</sup> (Madrid, 1981), p. 4 y s.

(17) Sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Derecho justiniano, cfr. RODRÍGUEZ CARRETERO, op. cit., p. 316 y s. y 331 y s.

práctica jurídica ibicenca, del derecho consuetudinario catalán, —«origen próximo del Derecho de las islas menores», en expresión de Cerdá (18)—, que reconocía también derechos sucesorios al hijo adoptivo (19).

Pienso que este breve apunte es suficiente para resaltar las posibilidades prácticas que ofrecen los Derechos forales, y ponderar adecuadamente la importancia de su enseñanza y estudio.—al menos en las regiones de Fuero—; la alternativa es, probablemente, su desaparición por desuso imputable a aquellos mismos que deberían ser los primeros en aplicarlo.

---

(18) CERDÁ GIMENO, *La revisión...*, cit., p. 865.

(19) Cfr. GAMBÓN ALIX, op. cit., p. 430 y s.

## II SENTENCIAS

A cargo de

Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Francisco LLEDO YAGUE  
Asunción MARIN VELARDE  
Evelia MUÑOZ SANCHEZ-REYES  
Luis ROJO AJUNIA

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

1. *Negocio fiduciario*.—La Sala sentenciadora indudablemente ha violado la normativa sancionada en el artículo 1.253 del Código civil, por darse entre los hechos reconocidos como probados en la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, no negados en la pronunciada por la de la Sala de lo civil ahora recurrida, y la simulación alegada y apreciada, según las reglas del criterio humano, el enlace preciso y directo al respecto, y mayormente debido a que esa simulación se revela en apreciar que las invocadas escrituras responden, en definitiva, a un negocio de mera garantía, de tipo fiduciario, cuya validez tiene reconocida esta Sala, tendente a realizar un traspaso temporal de los bienes de don L. R. Q. a que dichas escrituras afectan, en garantía de las atenciones que de sus deudas asumió la sociedad en comandita, impidiendo que pudiesen pasar dichos bienes a terceros no deseados que perturbasen la marcha familiar de esa entidad mercantil, con la consiguiente posibilidad de restitución de dichos bienes al referido don L. una vez que reintegrase lo por él abonado a la mencionada sociedad.

*Congruencia*.—La concesión de menos de lo pedido no es significativo de incongruencia.

*Confesión judicial*.—La eficacia que el artículo 1.232 del Código civil atribuye a la confesión judicial no es superior a la de los restantes medios probatorios admitidos por el artículo 1.215 del Código civil y debe apreciarse en conjunción con ellos. (Sentencia de 2 de diciembre de 1983; ha lugar.)

NOTA.—La conexión entre el negocio fiduciario y la simulación ha sido puesta de relieve por un sector de nuestra doctrina. Véase el análisis de la cuestión realizado por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 379 ss. También tiene interés la sentencia de 9 de diciembre de 1981, anotada en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 927-929), donde se contempla el mecanismo del negocio fiduciario.

A. C. S.



2. *Negocios radicalmente nulos. Enfermedad mental.*—Es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocios radicalmente nulos e inexistentes por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma.

*Legitimación activa. Transmisión de la acción al heredero.*—La violación de la doctrina sustentada por las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1944, 16 de octubre de 1965, 30 de mayo de 1968 y 5 y 8 de julio de 1966, a que alude el recurrente, debe también rechazarse, porque dicha doctrina sólo es aplicable a supuestos en los que, al no ostentar tal derecho de impugnación, el causante no puede transmitirlo al heredero, pero no a los casos como el presente en el que tal derecho perteneció a la otorgante de los contratos y al haber fallecido sin haberlo ejercitado pasó a formar parte de su herencia y se transmitió a tales herederos. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—De conformidad con la demanda, el Juez de Primera Instancia declaró que los contratos de compraventa, la cesión de derechos hereditarios y la donación eran nulos de pleno derecho por total incapacidad mental de una de las partes. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En relación con el problema planteado en esta sentencia (enfermedad mental no incapacitada), ha dicho el profesor DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 95) que la falta de razón impide que exista voluntad negocial y que lo hecho valga como declaración. Falta de razón natural, la que no es presumible en quien no haya sido incapacitado, y que puede darse por encontrarse en estado de locura. Entre los negocios radicalmente nulos hay que incluir a los carentes de consentimiento (DE CASTRO, *op. cit.*, p. 472.)

A. C. S.

3. *Negocio inexistente.*—Es requisito necesario y previo para indagar el verdadero sentido y alcance de un negocio jurídico invocado como existente, que tal negocio sea admitido por la parte frente a quien se alega, o que negado sea acreditada su realidad por los medios probatorios que el ordenamiento tiene establecidos, pues de lo contrario el problema planteado no será de interpretación de unas declaraciones de voluntad, sino de prueba de su emisión, por lo que si en el caso de «litis» la sentencia de instancia declara que no está acreditada la celebración del contrato de compraventa, es evidente que falta el objeto a interpretar. (Sentencia de 29 de marzo de 1984; no ha lugar.)

4. *Doctrina de los actos propios.*—Si bien es cierto que una constante doctrina de esta Sala viene sosteniendo que nadie puede accionar contra sus propios actos, también lo es que esta doctrina de los actos propios ha sido matizada por la jurisprudencia en el sentido de que «no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho»

(Sentencia de 29 de enero de 1962); que «los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendente, o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla» (Sentencia de 28 de octubre de 1965); y que, finalmente, «los actos propios de ser tenidos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos» (Sentencia de 9 de octubre de 1981), por lo que en modo alguno puede reputarse que el acto del comprador recurrido de abonar alguna de las partidas de género recibidas, y como consecuencia de un contrato de suministro, tenga virtualidad suficiente para crear una situación jurídica tal que le impida con posterioridad solicitar la resolución de operaciones de compra ulteriores, con base en que los géneros recibidos presentan defectos tales que justifiquen la resolución pretendida (Sentencia de 16 de junio de 1984; ha lugar.)

**HECHOS.**—El comprador demandado abonó alguna de las partidas de género recibidas como consecuencia de un contrato de compraventa. Con posterioridad solicitó la resolución de operaciones de compra con base en que los géneros recibidos presentaban defectos que justifican la resolución. La Audiencia Territorial, acogiendo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del Juez de Primera Instancia, afirmó que el comprador va contra sus propios actos al pretender la resolución o, en su caso, la indemnización de los daños ocasionados por la utilización del género defectuoso en la confección de prendas. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

**NOTA.**—En esta sentencia se precisa con claridad la posición del Tribunal Supremo en torno al significado de los «actos propios», mencionándose a la sentencia de 9 de octubre de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1982, fascículo 1.º, p. 249). Véase el análisis crítico que ha llevado a cabo el profesor DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 113 y ss.) y su posición sobre el significado de la conducta vinculante (Op. cit., página 193 y ss.)

A. C. S.

## 2. Derecho de la persona

## 3. Obligaciones y contratos

5. *Cláusula penal.*—Si bien es cierto que el artículo 1.154 del Código civil, lo que hace es autorizar y mandar al juez para que modifique equitativamente la pena cuando la obligación principal se cumpla parcial o irre-

gularmente por el deudor, por lo que implica moderar, pero no suprimir, también lo es, conforme dice el artículo 1.152, párrafo 2.º, del mismo Cuerpo legal, que la pena sólo será efectiva cuando ésta fuere exigible conforme a lo dispuesto en el Código civil, con lo cual quiere decir y admitir la posibilidad del rechazo de su total exigencia según casos y circunstancias amparadas en el propio Derecho del Código, que es lo que ha hecho la sentencia recurrida.

*Resolución o extinción del contrato.*—Al producirse por decisión concurrente de ambas partes ante el incumplimiento mutuamente denunciado del contrato y venir ordenado este litigio a la práctica de una liquidación, elimina la situación de retraso culpable (o que acepte el retraso objetivo) como fundamento de la pena, así eliminada por actos o voluntad de las partes.

*Incongruencia.*—Mientras la sentencia no se exceda o vaya más allá de lo pedido no podrá ser tachada de incongruencia.

*Motivación de la sentencia.*—Viene exigida por la Ley (ahora por el artículo 120, 3 de la Constitución). (Sentencia de 30 de mayo de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La cuestión litigiosa versa sobre la determinación judicial de las cantidades que el comitente y el contratista del edificio construido sostenían que les eran debidas, respectiva y recíprocamente, como consecuencia de la resolución del contrato de obra. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, resuelve el tema y reconoce a cada una de las partes las cantidades que estima procedente en atención a lo alegado y probado. No prospera el recurso de casación.

6. *Pago con subrogación.*—La modificación que ordinariamente se produce cuando un tercero paga con aprobación del deudor, pasando a ocupar la posición del acreedor originario con la posibilidad de que se le puedan oponer las excepciones eficaces contra éste, puede venir descartada por las circunstancias del caso, demostrativas de que el tercero beneficiario de la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y si únicamente *la acción de reembolso* a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.158 del Código civil. (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

F. LL.

7. *Cesión de bienes y dación en pago. Distinción.*—Es doctrina reiterada de esta Sala que la cesión de bienes a los acreedores del artículo 1.175 del Código civil no debe confundirse con la dación en pago, pues aquélla implica abandono de los bienes por el deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, bien se la catalogue como una venta o bien se la configure como una novación o se pensase incluso que se trata de un

acto complejo, pero siempre regulada analógicamente en nuestro Derecho por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, el crédito que con ella se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entregan.

*Efectos de la cesión de bienes y de la dación en pago.*—La cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importante; en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio sin restricción ni cortapisa alguna.

*Interpretación de los convenios.*—En facultad soberana de la Sala de instancia, cuya calificación debe ser respetada en casación, a no ser que resulte ilógica, inverosímil o absurda. (Sentencia de 7 de diciembre de 1983; no ha lugar).

**HECHOS.**—Se cuestiona si los acreedores que aparecen relacionados en el expediente de suspensión de pagos detentan la propiedad de un apartamento perteneciente al comerciante insolvente. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia declaró no haber lugar a la demanda de tercería de dominio interpuesta en relación con dicho apartamento. No prospera el recurso de casación.

8. *Errores de hecho y de derecho.*—Su denuncia no puede incluirse dentro del mismo motivo del recurso.

*Confesión judicial.*—No tiene carácter de prueba prevalente, salvo si fuera prestada bajo juramento decisorio.

*Interpretación del contrato.*—La interpretación del Tribunal de instancia, al ser facultad exclusiva de él, ha de ser mantenida en casación, salvo que devenga ilógica, arbitraria, absurda o vulneradora de algún precepto legal. (Sentencia de 10 de febrero de 1984; no ha lugar.)

9. *Venta de animales. Inaplicabilidad del artículo 1.494 del Código civil.*—Según tiene declarado este Tribunal en sentencia de 13 de abril de 1978, los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas se hallan fuera del comercio y es absolutamente nula su enajenación, sin que las consecuencias del convenio puedan ser convalidadas por el transcurso del tiempo ni operen los plazos establecidos en otros artículos de la misma sección para el ejercicio de acciones distintas, pero siempre partiendo del hecho capital e insoslayable de que el animal padezca tal anomalía en el momento de la perfección del contrato.

*Significado del recurso de casación.*—No se está ante una tercera instancia ni a este Tribunal le viene permitido un análisis libre de los elementos

demostrativos, sino que la censura de la ponderación hecha por la Sala no puede salirse de los estrechos límites propios de un recurso que como extraordinario que es se ciñe al control de la legalidad aplicada. (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se suscribieron dos contratos de producción de huevos blancos, por los cuales la cooperativa agropecuaria suministraba gallinas ponedoras al socio, el cual las criaría en las granjas de su propiedad con piensos y asistencia técnica de la cooperativa, a quien vendería toda la producción de huevos y, finalizado el ciclo de producción, le revendería los animales por el valor de su carne. En el normal cumplimiento del contrato, la cooperativa suministró diversas partidas de pienso al socio, el que no las ha pagado a pesar de haberlas recibido a su entera satisfacción. La cooperativa interpuso demanda solicitando la cantidad debida y los correspondientes intereses legales. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el socio.

10. *Compraventa de inmueble objeto de la acción de rescisión «ultra dimidium».*—El artículo 323 de la Compilación del derecho civil de Cataluña permite que a instancia del enajenante sean rescindibles los contratos de compraventa relativos a bienes inmuebles, en que el vendedor haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, y ello aunque el contrato sea válido. El párrafo tercero dispone que esta acción rescisoria caduca a los cuatro años de la fecha del contrato; por lo tanto, si antes de concluir ese plazo el enajenante ejercita su derecho a la rescisión, la venta queda ineficaz.

En el caso debatido antes de transcurrir dicho plazo la vendedora formuló demanda de conciliación, en la que de forma inequívoca y completa anuncia que considera el contrato rescindió a todos los efectos y así lo comunica a los compradores. Hubo, pues, en ese requerimiento judicial no una interrupción plazo de caducidad, sino *el mero ejercicio del derecho* antes de caducar éste, sin más ratificación, después cumplida, que presentar la demanda antes de transcurrir los dos meses que señala el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento, ya que en otro caso el derecho habría caducado definitivamente.

La conclusión es que se estiman los dos motivos de que consta el recurso. El primero por desconocer la sentencia recurrida que el acto de conciliación supone por sí ejercicio de la acción rescisoria; y el segundo al considerar aquélla aleatorio el precio por estar pendiente una expropiación forzosa sobre la finca discutida. (Sentencia de 23 de diciembre de 1983; ha lugar al recurso de casación.)

11. *Incumplimiento del vendedor. Entrega de cosa distinta de la pactada.*—No habiendo entregado el vendedor la cosa objeto del contrato sino una máquina de inferior potencia a la pactada, se ha originado incuestio-

nable incumplimiento por falta de identidad en la prestación al ser realizada otra distinta de la convenida, con evidente perjuicio del comprador, que ya satisfizo la mayor parte del precio, por lo que es indudable que el comprador puede pretender que se le imponga al vendedor el cumplimiento al amparo del artículo 1.124, párrafo 2.º del Código civil, ya que por su parte abonó lo que le incumbía y se halla dispuesto a hacer pago de lo que le resta del precio.

*Inaplicabilidad de los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil.*—Resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual por haber sido hecha la entrega de cosa distinta a la que fue convenida por compradora y vendedora.

*Exceptio non rite adimpleti contractus.*—Sólo resulta operante en las hipótesis de contratos no cumplidos adecuadamente, como defensa que incumbe al deudor frente al acreedor en tanto que la prestación no sea completa o mejorada, por lo que carece de toda oportunidad su invocación cuando es el comprador quien acciona pretendiendo que el vendedor le haga entrega de la cosa que ha sido objeto del contrato y no otra inadecuada para el fin pactado.

*Acción de resarcimiento.*—Es compatible con la de cumplimiento.

*Informes periciales.*—Es soberano el criterio de la Sala *a quo*. (Sentencia de 10 de junio de 1983; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de compraventa de un molino de piosos con potencia para molturar ocho toneladas métricas por hora. El comprador no pagó la totalidad del precio acordado, ya que la capacidad de molienda de la máquina entregada resultó sensiblemente menor a la convenida. El vendedor interpuso demanda reclamando la parte del precio no pagada. Frente a ello el comprador, en virtud de reconvencción basada en el artículo 1.124 del Código civil, alegó incumplimiento contractual. El Juez de Primera Instancia admitió en parte la demanda y rechazó la reconvencción. La Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación interpuesto por el comprador. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—Esta sentencia es concorde con la de 23 de marzo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 935-937), que sigue a otras anteriores, distinguiéndose entre prestación diversa y vicios de la cosa, de tal manera que la entrega de objeto diverso determina verdadero incumplimiento que permite acudir a los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil. Conviene remarcar, sin embargo, las dificultades que ofrece en realidad la distinción segura entre prestación diversa y los vicios de la cosa, tal como dice la propia sentencia que se reseña y ha puesto de relieve en nuestra doctrina MORALES (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1981, fasc. 3.º, pp. 650 y ss.) y hemos destacado en la anotación de la sentencia de 23 de marzo de 1982.

A. C. S.

12. *Improcedencia de la resolución de la compraventa. Ausencia de voluntad rebelde o impeditiva inexcusablemente exigida para la prosperabilidad de la resolución de la compraventa.*—Si la voluntad del comprador de no pagar el precio no es calificada ni de rebelde ni de incumplidora, no puede hablarse de que se haya interpretado erróneamente el artículo 1.504 del Código civil.

*Documento que carecen de autenticidad.*—En una y otra instancia han sido examinados y valorados por los juzgadores, lo que les priva de autenticidad.

*Congruencia.*—No supone una conformidad literal y rígida a las peticiones de las partes, sino racional, siempre que guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la *litis*, concordancia que ha de ser extensible a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a los que los complementen y precisen.

*Abono de las cantidades o plazos debidos a cuenta del precio.*—Se condiciona a su fijación en fase de ejecución de sentencia, de aquí que al no ser líquida la cantidad principal adeudada no pueda devengar intereses, en razón a tal iliquidez. (Sentencia de 18 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se vendió una vivienda, que presentaba determinados defectos de construcción. El vendedor interpuso una demanda contra el comprador solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago del precio convenido. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda alegando que en la vivienda vendida existían determinados vicios o defectos de construcción y no podía darse lugar a las pretensiones del actor mientras no se subsanasen. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

13. *Vicios de construcción. Concepto de ruina.*—La ruina de que habla la ley tiene que ponerse en relación con el término «se arruinase» que emplea el artículo 1.591 y realmente «se arruina» con la existencia de vicio que afecten a elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede materialmente convertido «en ruinas».

*Responsabilidad solidaria.*—La mala calidad de los materiales empleados, como los defectos de dirección y ejecución de la obra, afectan no sólo al promotor-vendedor, sino asimismo a los arquitectos técnicos que supervisaron la construcción y al doctor arquitecto que la dirigió, sin que haya sido posible precisar la participación concreta e individualizada de cada uno de ellos, lo que conduce a la ya indicada responsabilidad solidaria, a la que no puede oponerse la regla general de la mancomunidad del artículo 1.138 del Código civil.

*Decreto de 10 de febrero de 1971. Reglamento administrativo.*—No puede ser presentado como motivación de una infracción de ley o de doctrina le-

gal, incidiendo por tanto en la causa de inadmisión tercera del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 5 de marzo de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un edificio. En el momento de la entrega del mismo los propietarios descubrieron una serie de defectos graves que evidenciaban su ruina. La demanda interpuesta por los propietarios, reclamando la reparación de los daños y perjuicios causados, fue estimada por el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial que condenaron solidariamente al promotor-vendedor, a los dos arquitectos técnicos y al arquitecto que planeó y dirigió la obra. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arquitecto director.

**NOTA.**—Véase nuestra anotación a la sentencia de 17 de febrero de 1984 en este fascículo del ANUARIO, y la sentencia de 16 de marzo de 1984, que también aparece en el mismo.

A. C. S.

14. *Vicios de construcción. Ruina del edificio.*—La ruina de que habla la ley tiene que ponerse en relación con el término se «arruinase» que emplea el artículo 1.591 del Código civil, con referencia a los vicios graves que afecten a elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede convertido materialmente en ruinas, y así en efecto lo tiene reiteradamente dicho esta Sala al hablar de defectos graves.

*Ausencia de responsabilidad del arquitecto.*—Acreditada la cualidad y entidad de los defectos se ve claro que éstos no encajan en el ámbito de la responsabilidad del arquitecto, por lo que al entender lo contrario, y condenar a dicho profesional, se está dando una interpretación excesiva e impropia a los términos del artículo 1.591, ya que la dicción legal de «vicios de la construcción» tiene un sentido propio referido al que ejecuta, no al que dirige y proyecta, a menos que la ejecución defectuosa provenga de una directriz errada (caso de la sentencia de 30 de septiembre de 1983), no cuando sea independiente o no cumpla las indicaciones del arquitecto.

*Solidaridad.*—Si la partición responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, para exigir a cada uno la que le es propia, esa responsabilidad puede ser reclamada de modo solidario, y por obra de ese vínculo, la situación procesal de litisconsorcio no puede darse por carencia de sus presupuestos. (Sentencia de 16 de junio de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El edificio adquirido presentaba graves defectos de construcción, por lo cual la Comunidad de propietarios demandó al promotor, al arquitecto y al contratista. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando a los demandados a hacer las obras necesarias para subsanar los defectos de construcción. Prospera el recurso de casación interpuesto por el arquitecto.



NOTA.—Esta sentencia es acorde con la doctrina mantenida, de forma constante, por nuestro Tribunal Supremo en torno al artículo 1.591 del Código civil, aplicable también en el supuesto de la sentencia que anotamos, es decir, la venta de pisos y locales defectuosamente construidos. Se apoya la sentencia en el sistema de responsabilidad privativa del citado artículo, en la interpretación amplia del término «ruina» y en el posible carácter solidario de la responsabilidad decenal. Sobre estas cuestiones puede verse nuestro trabajo sobre *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, páginas 878 y ss.

A. C. S.

15. *Vicios de construcción. Responsabilidad decenal.*—Cuantos defectos se mencionan en la sentencia pueden dar lugar a una anormal e incompleta utilización del edificio, por lo que han de ser incluidos entre los que, por afectar a la utilización del edificio, son objeto de responsabilidad decenal.

*Vicios imputables exclusivamente al constructor.*—Por ello en modo alguno resulta precisa la presencia en juicio del arquitecto, que no tiene por qué responder de los vicios de construcción del edificio imputables al constructor, no habiendo razones para estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

*Congruencia.*—Al haber resuelto sobre todos los puntos propuestos, aceptando unos y rechazando otros de manera expresa, no puede entenderse que se haya incurrido en incongruencias.

*Prueba de confesión judicial.*—El valor que el artículo 1.232 del Código civil atribuye a la prueba de confesión judicial ni es superior al de los demás medios que enumera el artículo 1.215 del mencionado Código ni, en todo caso sirve por sí solo para destruir las deducciones que el juzgador de instancia extrajo del conjunto de los elementos probatorios aportados al juicio, desarticulizando su contenido e imprimiendo a uno de ellos fuerza preponderante, y que la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a los demás elementos de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas y no con independencia.

*Prueba pericial.*—Aunque la prueba pericial fuera la única utilizada en el juicio no puede obligar al Tribunal a aceptar el dictamen del perito, quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del Juzgador de Instancia.

*Prueba de reconocimiento judicial.*—Es doctrina reiterada que ni el artículo 1.240 ni el 1.241 formulan norma alguna sobre la fuerza probatoria del reconocimiento judicial, que queda subordinado al criterio del Juzgador Instancia. (Sentencia de 7 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó un edificio que presentaba graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de propietarios solicitó la subsanación de los defectos constructivos. El Juez de Primera Instancia estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar a conocer la cuestión

de fondo. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando al constructor a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos de construcción. No prospera el recurso de casación interpuesto por el constructor.

16. *Vicios de construcción. Cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa.*—Es válida y eficaz la cláusula, máxime cuando se excluye la renuncia a la responsabilidad por dolo.

*Interpretación de las cláusulas contractuales.*—La interpretación de la Sala de instancia no puede ser invalidada por la, aunque respetable, más interesada y parcial de la parte, sobre todo cuando la judicial no puede ser tachada de ilógica o desorbitada, fuera de lo razonable. (Sentencia de 25 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a los defectos de construcción que por empleo de materiales inadecuados presentaba el complejo turístico construido, el comitente demandó solidariamente al contratista, a los arquitectos y al aparejador, solicitando la reparación de los defectos e indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial admitió en ambos efectos el recurso de apelación basándose en que los arquitectos y el aparejador no eran responsables de la existencia de los defectos de construcción y, en cuanto al contratista, existía una cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—En esta sentencia no se pone ningún tipo de límite a la validez de la cláusula que exonera de responsabilidad por culpa o negligencia al contratista. Parece que, en el marco de las cláusulas exonerativas de responsabilidad, el único límite a su validez es el relativo al dolo, ya que el artículo 1.102 del Código civil dispone que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

A nuestro juicio, es dudoso que haya que afirmar la validez de cualquier cláusula exoneratoria de la responsabilidad por culpa o negligencia. El orden público y las buenas costumbres aconsejan seguramente que la responsabilidad derivada de la negligencia grave esté sustraída a la libertad de los particulares (art. 1.255 del Código civil), con mayor razón, si cabe, en la contratación por adhesión. El poner impunemente en peligro la vida o los bienes del que contrata con nosotros por una falta grave de atención, no debe poder hacerse ni aun cuando medie un contrato entre el autor y el perjudicado. Nótese también que las cláusulas de irresponsabilidad por negligencia grave contribuyen a que disminuya el sentido de la responsabilidad individual, lo cual, al ser gravemente perjudicial para la sociedad, no debe ser amparado por el Derecho. Con razón, MORALES (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, p. 609) destaca, en relación con el artículo 1.103 del Código civil, que hay ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad.

El argumento de que caben en nuestro Derecho las cláusulas de exoneración por culpa lata se trata de fundamentar en un discutible argumento a contrario sensu del artículo 1.103. Sin embargo, si bien es cierto que este artículo no se pronuncia, a diferencia del artículo 1.102, por la nulidad de

la renuncia, tampoco la autoriza (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1983, p. 277).

Todo este planteamiento es todavía más evidente si la cláusula de exoneración de la responsabilidad por negligencia grave se refiere a la contemplada en el artículo 1.591 del Código civil (responsabilidad por ruina de los edificios), que se fundamenta en razones de orden público (la seguridad de los edificios), como se puso de relieve en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón (sobre el significado y el fundamento de la responsabilidad decenal véase CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976). También tiene un notable interés, en relación con la cuestión tratada y el caso de la sentencia que reseñamos, el estudio de VINEY, *Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs*, en *Revue de Droit Immobilier*, núm. 3, año 1982.

A. C. S.

17. *Vicios de construcción. Cuestión probatoria.*—La determinación de si los vicios constatados fueron debidos a la actuación del contratista o al abandono de los propietarios o a los accidentes catastróficos, pertenece al orden de la prueba relativamente al hecho subsumible en el supuesto de hecho de la norma (el art. 1.591 del Código civil).

*Normas de carácter procesal.*—No viabilizan un recurso de fondo (Sentencia de 11 de abril de 1984; no ha lugar.)

18. *Viviendas de protección oficial. Defectos de construcción.*—El lapso quinquenal del artículo 111 del Reglamento de 24 de julio de 1968 no configura una prescripción extintiva de la acción otorgada, sino que alude al tiempo de presentación de los deterioros con determinada entidad, demostrativos de una prestación defectuosa y del consiguiente incumplimiento contractual, solventable en principio por las reglas generales de la responsabilidad y concretamente del artículo 1.101 del propio Código, con el plazo prescriptivo ordinario de las acciones personales y la aplicación de los modos interruptivos a que se refieren los artículos 1.973 y siguientes del mismo Cuerpo legal.

*Carga de la prueba. Artículo 1.214 del Código civil.*—Esta norma, por su carácter genérico, no es idónea para amparar un recurso de casación al no referirse a un medio concreto de prueba ni regula su eficacia, por lo que sólo es operante cuando la Sala *a quo* ha desconocido la correcta distribución de la carga demostrativa. (Sentencia de 16 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó un inmueble que fue vendido a los diversos propietarios que integran la Comunidad actora. Al poco tiempo aparecieron graves defectos de construcción, por lo que la Comunidad requirió a la parte vendedora para que los reparase sin que ésta hiciese tal cosa. Por tal motivo la Comunidad tuvo que realizar las obras de reparación necesarias para impedir la ruina del inmueble. En la demanda solicitó el abono del importe de las obras efectuadas y el pago de los intereses legales correspondientes. La demanda fue íntegramente acogida por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—En esta sentencia tiene especial interés la configuración del plazo de cinco años establecido por el artículo 111 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial como plazo de garantía, similar en su significado al de garantía decenal del artículo 1.591 del Código civil. Al margen de las consecuencias de orden administrativo, en el orden civil se precisa con claridad que estamos ante un incumplimiento contractual aplicándose el artículo 1.101 del Código civil y el plazo de prescripción ordinario de la acción.

A. C. S.

19. *Ruina del edificio. Legitimación del Vicepresidente de la Comunidad de propietarios para dirigirse contra el promotor-vendedor.*—Pugna con el principio hermenéutico consagrado en el artículo 3, 1 del Código civil de atender a las realidades sociales del tiempo de su aplicación y a las ideas que sirvieron de inspiración a la Ley de Propiedad Horizontal, que ha conducido a la doctrina de esta Sala a declarar la legitimación activa de los propietarios de pisos y locales cuando se trate de tutelar o proteger sus derechos como condominios de elementos comunes, y que quien ostenta la condición de Vicepresidente electo actúa en funciones de Presidente, careciere de referida legitimación.

*Vicepresidente de la Comunidad de Propietarios.*—Su existencia no es contraria al espíritu ni a la letra de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que la relación de cargos contenida en su artículo 12 no constituye un «numerus clausus» en lo que a órganos de la propiedad horizontal se refiere. Para su designación se requiere únicamente el acuerdo de la mayoría cuando no otra cosa se disponga en los estatutos o en el título constitutivo de dicho régimen de propiedad.

*Indemnización.*—El artículo 1.591 del Código civil establece clara y terminantemente que el contratista responde de los daños y perjuicios, frase ésta que puesta en conexión con el artículo 1.101 del mismo Cuerpo legal pone de relieve la jurídicamente adecuada interpretación que del precepto hizo la Sala de instancia.

*Actos propios.*—Va contra los propios actos admitir la interpretación amplia y flexible que actualmente se da por la doctrina de esta Sala al artículo 1.591 del Código civil, para a continuación pretender combatirla por el mismo razonamiento invertido.

*Disposiciones reglamentarias.*—No pueden servir de base a un recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 27 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El Vicepresidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio con graves defectos de construcción, en representación de la misma, demandó al promotor-vendedor, solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor-vendedor.

20. *Ruina del edificio por defecto de cimentación.*—Es imputable al arquitecto-director de la obra, al que es exigido un superior grado de diligencia dada la especialidad de sus conocimientos y atendida la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, viniendo incluido entre sus deberes el estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se va a edificar y el cálculo de la carga soportable para evitar desplazamientos, como señaló esta Sala en sentencia de 29 de marzo de 1966, lo que conlleva la responsabilidad consiguiente determinada por los vicios del suelo y los defectos de cimentación, con deber de indemnizar a cargo tan sólo del arquitecto superior, por lo mismo que ni en la detallada relación de los específicos deberes de los arquitectos técnicos a que se refiere el artículo 1.º del Decreto de 19 de febrero de 1971 ni en los artículos 1.º y 2.º del Decreto de 16 de julio de 1935, figura mencionado el estudio de la naturaleza del suelo como una de las obligaciones de los aparejadores.

*Inexistencia de solidaridad.*—Es obvia la improcedencia de presentar una pluralidad de sujetos responsables a título de negligencia, cuando la causalidad del daño se enlaza con omisiones únicamente imputables al arquitecto director de la obra, que habrá de pechar con el resarcimiento por la totalidad del quebranto, lo que descarta toda posible conjunción causal generada por conductas antijurídicas y elimina una solidaridad pasiva por pluralidad de responsables, sólo operante cuando no es factible discernir las específicas responsabilidades de los sujetos intervinientes en el resultado de la obra defectuosa, por existir interrelación de los diversos factores, mas no cuando el acto negligente es único y reprochable con exclusividad al arquitecto superior por razón de la específica tarea que le viene encomendada.

*Legitimación del propietario que actúa como constructor.*—La circunstancia de que el accionante haya trabajado en la edificación propia no le despoja del dominio y como tal está asistido de la acción para alcanzar el resarcimiento de quien con inobservancia de las medidas de cautela impuestas al técnico director de la construcción, prescindió de analizar las particularidades del terreno sobre el que va a edificar y dispone que sean colocados los cimientos.

*Ausencia de caso fortuito.*—Mal puede acudirse al caso fortuito cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento por el arquitecto superior de su deber relevante de comprobar, antes de ser iniciada la obra, las peculiaridades del solar, tomadas las medidas conducentes conforme a las reglas de la prudente construcción (sentencia de 11 de noviembre de 1982), y aun admitida la posibilidad de que un año antes de producirse el siniestro existieran filtraciones de agua de un bloque cercano, la causa determinante fue realmente la falta de previsión técnica de no profundizar los cimientos hasta salvar las capas porosas del terreno, habida cuenta, además, que tal filtración siempre constituiría un evento previsible y evitable sin más que poner en práctica una acertada dirección al realizar la obra. (Sentencia de 8 de junio de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se produjo la ruina del edificio construido por defecto de cimentación. Por tal motivo, el propietario demandó al arquitecto-director y a la compañía aseguradora. El Juez de Primera Instancia los condenó solidariamente a satisfacer una determinada suma de dinero en concepto de indemnización. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—La doctrina de esta sentencia es similar a la de la de 11 de noviembre de 1982, en la que también se declara la responsabilidad exclusiva del arquitecto-director por producirse la ruina del edificio por defectos de cimentación, sin que se aprecie la existencia de caso fortuito (véase la anotación de esta sentencia en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 653-655). También tiene interés la sentencia de 16 de junio de 1984, reseñada en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

21. *Defectos de construcción. Denuncia presentada por el Presidente de la Comunidad de propietarios. Acuerdo de la Junta de propietarios.*—La Ley regula expresamente las facultades de su órgano de actuación, que es la Junta de propietarios, como lo hace el artículo 13, cuyo número 5 señala concretamente las de conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad, acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio, común, entre los cuales es evidente que deben incluirse los referentes a los defectos de construcción atinentes a la cubierta del edificio, instalación de luz en los portales, porteros automáticos, llave de paso del agua y grifería y alicatado de todas las viviendas, que fue sobre lo que se tomó el acuerdo y constituyó el objeto de la reclamación.

*Propiedad horizontal. Nombramiento de un segundo Presidente.*—La Ley no lo prohíbe. La Junta de propietarios puede nombrar un segundo Presidente que sustituya al primero para determinadas funciones, concediéndole la facultad de realizar todo lo conducente para un fin determinado. (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se vendió un grupo de viviendas que presentaban defectos de construcción. La Comunidad de propietarios, a través de su Presidente, demandó a los promotores y constructores a fin de que subsanasen dichos defectos. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda al acoger la excepción de falta de personalidad del actor, ya que carecía de las cualidades necesarias para comparecer en juicio. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

22. *Daños en un inmueble por derribo del colindante. Inaplicación del artículo 1.907 del Código civil.*—El derrumbamiento de la pared medianera no sobrevino por falta de las reparaciones necesarias, sino que fue debido exclusivamente a las obras de derribo efectuadas de forma negligente, todo lo cual excluye concurrencia de culpas y conduce a la desestimación del recurso formulado por la representación del arquitecto técnico.

*Concurrencia y compensación de culpas.*—Es imposible apreciarlas, ya que en todo caso una presunta culpa de los perjudicados quedó totalmente absorbida por la de los principales culpables de los daños.

*Lucro cesante*.—Ha de guardar relación de causa a efecto con el acto ilícito origen del mismo; para determinarlo puede acudirse a cálculos teóricos, pero cuidando de que las ganancias que se dejaron de obtener no sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas.

*Responsabilidad privativa del aparejador*.—No cumplió con ejercer la inmediata inspección y la ordenación de la obra, según le imponen los Decretos de 16 de julio de 1935 y 19 de febrero de 1971, y siendo de tener en cuenta que la misma normativa no configura la función que corresponde al aparejador como delegado del arquitecto. (Sentencia de 13 de febrero de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS**.—Los propietarios de un inmueble gravemente perjudicado por el derribo del colindante, demandaron al arquitecto, al contratista y al aparejador que intervinieron en dicho derribo, y además a los propietarios del inmueble derribado, siendo estos últimos absueltos en ambas instancias y condenados los tres primeros a satisfacer en ejecución de sentencia la correspondiente indemnización por los daños causados. No prosperan los recursos de casación interpuestos por el arquitecto y el aparejador.

**NOTA**.—Véase la anotación que hacemos a la sentencia de 7 de octubre de 1983 en este fascículo del ANUARIO, relativa a un caso de ruina del edificio colindante por excavación. Sobre la responsabilidad privativa y autonomía del aparejador tiene también un notable interés la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, fasc. 3.º, pp. 651-653.)

A. C. S.

23. *Responsabilidad de técnicos y constructores. Concepto de ruina*.—La ruina de que habla la ley tiene que ponerse en relación con el término «se arruinase» que emplea el propio artículo 1.591 del Código civil y realmente «se arruina» con la existencia de vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede materialmente convertido «en ruinas». Este fue el significado que dio la jurisprudencia española al hablar de «defectos graves» o que afecten a «elementos esenciales o sustanciales».

*Responsabilidad solidaria*.—Es acertada porque no fue posible discernir con precisión la parte que cada uno tuviera en el resultado siendo concurrente la actividad de todos.

*Disposición administrativa*.—Por su carácter meramente reglamentario tiene vedado su acceso a la casación por infracción de ley o de doctrina legal. (Sentencia de 16 de marzo de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS**.—Se celebró un contrato de obra para construir un edificio, observando los propietarios una serie de graves defectos de construcción, lo que motivó su demanda, amparada en el artículo 1.591 del Código civil, dirigida contra la constructora, el arquitecto director y dos aparejadores, con el fin de conseguir la necesaria reparación. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda, lo que fue confirmado por la Audiencia Territorial. No

prosperan los recursos de casación interpuestos separadamente por el arquitecto y los aparejadores.

NOTA.—Véase nuestra anotación a la sentencia de 5 de marzo de 1984, cuya doctrina es similar a la que ahora anotamos.

A. C. S.

24. *Recepción definitiva de la obra. Liberación de responsabilidades.*—El artículo 1.592 del Código civil no fue infringido por la resolución impugnada, al no ser de aplicación su preceptiva al caso debatido, en el que sólo juega una clara estipulación contractual tendente a asegurar la correcta ejecución de toda la obra, al margen de las piezas o unidades de que se componía la misma, y respecto a la presunción que el precepto analizado establece, es obvio que, al amparo de la libertad de contratación que el artículo 1.255 de nuestro Código civil consagra, los contratantes podían condicionar la operancia de la presunción dicha, como lo hicieron de manera precisa al remitir a la «recepción definitiva de la obra» la liberación de las responsabilidades que por su ejecución correspondieran al contratista.

*Alegación del artículo 1.091 del Código civil. Carácter general.*—El artículo 1.091 del Código civil tiene un carácter general y en él se destaca la importancia del llamado «tenor» de la obligación, a efectos de su cumplimiento, necesitando en casación que su cita se complete con la de aquellas disposiciones que acrediten que la Sala de instancia interpretó mal ese «tenor» obligacional o que se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustaba o no al mismo. (Sentencia de 23 de enero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para construir un conjunto de edificaciones. El comitente se negó a pagar la cantidad retenida del precio total como garantía de la ejecución de la obra por la defectuosa insonorización acústica. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el contratista. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

NOTA.—Esta sentencia tiene interés para interpretar el significado de la presunción del artículo 1.592 del Código civil, que ciertamente es *iuris tantum*, como señala nuestra doctrina (vid. nuestro trabajo, *La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, fasc. 2.º, p. 295 y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1964). Ciertamente parece acertada la conclusión a que llega el Tribunal Supremo, pues si existe acuerdo de las partes nada impide que, aun no siendo la obra por piezas o por medida, sólo tenga lugar la liberación de las responsabilidades del contratista, derivada de la aprobación y recibo de la obra, en el momento de la recepción definitiva. Esta liberación no ha de extenderse a los vicios ocultos (en este sentido la sentencia de 25 de febrero de 1983, que anotamos en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 1026-1029), a no ser que exista un acuerdo de las partes en los términos del artículo 1.485, que puede entenderse aplicable en sede de contrato de obra (cfr., artículo 1.533 del Código civil, al menos por analogía). A. C. S.

25. *Contrato de obra. Precio debido.*—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, el precio existe no sólo cuando se acredita su fijación pre-



via, sino también cuando encargada una obra, sin adecuada justificación de las bases para determinar su coste, lo aprecia el juzgador fijándolo en una determinada cantidad deducida del resultado de los medios de prueba practicados.

*Principio de buena fe.*—El principio de buena fe consagrado en el artículo 7, 1.º, del Código civil posibilita, por propia esencia y naturaleza, el adoptar los aspectos cuantitativos a los módulos adecuados en correcta ponderación objetiva.

*Mora del deudor. Liqueidez.*—La mora del deudor requiere la liquidez de la cantidad exigible, y falta tal requisito cuando la determinación de la suma a abonar depende de un litigio previo encaminado a precizarla. (Sentencia de 12 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para la realización de ciertos trabajos de excavación en una parcela. El actor alegó que no había cobrado lo estipulado por la realización de los trabajos. Por este motivo interpuso demanda solicitando que se condenase al demandado a pagar una determinada cantidad mas el interés legal desde la presentación de la papeleta de conciliación. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación.

26. *Contrato de obra. Injusto enriquecimiento del dueño de la obra.*—Habiendo sido entregada y bien realizada la obra, es obvio que no puede sostenerse que, en un supuesto como el que nos ocupa, en el que por fallecimiento del arquitecto director de la obra no puede ser firmada por éste la correspondiente certificación de fin de la misma, se admita la negativa al abono del precio debido por razón de la obra entregada, lo que no solamente abocaría a una interpretación absurda, sino que además condicionaría un injusto enriquecimiento del dueño de la obra, quien disfrutaría de la misma sin abonar el precio pactado.

*Interpretación de los contratos.*—Es función de la Sala sentenciadora, debiendo ser respetada la misma en casación, a no ser que pueda ser reputada ilógica o absurda, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa. (Sentencia de 10 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un edificio. Terminada la obra, el comitente pagó tan sólo una parte del precio debido. Por este motivo, el constructor demandó al comitente. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

27. *Extinción del arrendamiento. Indemnización por retención indebida de las fincas.*—No interrumpe el nexo causal del daño que no se haya pedido ejecución provisional de la sentencia.

*Ejecución provisional de la sentencia.*—El artículo 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una facultad del Tribunal de Apelación que éste puede ejercitar de acuerdo con su criterio, por lo que nada obliga a la Audiencia a conceder la ejecución provisional de la sentencia ni aun incluso en el supuesto en el que la petición de la parte incluya el ofrecimiento de prestación de fianza. (Sentencia de 1 de abril de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de arrendamiento de varias fincas rústicas. El arrendador interpuso demanda de desahucio, que terminó en sentencia que lo decretaba. El arrendador no pudo cultivarlas durante varios años, perdiendo las cosechas, debido a la negativa del arrendatario desahuciado a proceder a su devolución. Por este motivo aquél interpuso una demanda solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación, si bien la indemnización fijada fue inferior a la solicitada en la demanda. Prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendador.

28. *Arrendamiento de local de negocio. Nulidad de la estipulación de revisión de la renta. Propios actos. Novación modificativa.*—El juzgador a quo accedió a la nulidad de la cláusula de revisión de la renta, pero no a la de los aumentos verificados y satisfechos ni tampoco a la devolución de los mismos, por entender que se había producido una modificación consensual del precio, *novándose* en aras de la libertad de contratación la renta establecida y satisfecha con anterioridad y, que ha sido aceptada por el arrendatario. Ello, lejos de introducir en el debate litigioso un hecho nuevo (cual es si ha existido o no novación del contrato original), lo único que pretende es aplicar por qué declarándose la nulidad solicitada de la estipulación inicial, se mantiene el pacto posterior referente al precio de la renta, el cual había sido libremente establecido al amparo de la autonomía de la libertad (art. 1.255 del C. c.) por las mismas partes intervinientes, entre las que figura el arrendatario que consintió en ello, como así lo demuestran sus propios actos (en este punto existe reiterada doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la S. 3 de febrero de 1980).

Por otra parte, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, distingue la novación propiamente dicha contenida en el artículo 1.204 del C. c. y cuyo efecto es la extinción de la obligación anterior de la denominada novación modificativa del artículo 1.203 del C. c., denunciando la incorrecta sistemática de nuestro Código civil al incluir esta última en la sección 6.ª, Título 1.º, Libro 4.º, titulado de la novación. (Sentencia 11 de noviembre de 1983; no ha lugar.)  
(E. M. S.-R.)

29. *Arrendamiento de local de negocio. Indemnización por desalojo. Resolución de la Junta de estimación. Fuerza ejecutiva.*—La fijación de la cuantía en las indemnizaciones cuya competencia son de la Junta de Estimación, escapan al control de la casación y hasta al judicial, por ser éste un cometido eminentemente circunstancial que carece de un tratamiento legal rígido por la discrecionalidad que preside el artículo 72 núm. 3, de la Ley de

Arrendamientos Urbanos, el cual no ofrece sino criterios y pautas, y éstos ni siquiera taxativamente. Sin duda, esta es la razón por la que la Ley de Arrendamientos Urbanos atribuye a las resoluciones de la Junta de Estimación fuerza ejecutiva, sin admitir contra ellas recurso alguno, aparte de que fuera de la órbita arrendaticia mayor dentro del juicio declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía, en los casos excepcionalmente indicados.

*Prueba pericial.*—Reiterada Jurisprudencia tiene establecida que la prueba pericial no es documento auténtico, y su virtualidad probatoria viene asignada por la ley (art. 632 Ley de Enjuiciamiento Civil) (Sentencia de 27 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(E. M. S.-R.)

30. *Resolución de un contrato de arrendamiento. Obligación de acondicionar el local.*—La cuestión única que ha de ventilarse es la de si ésta obligación ha de hacerse durante el primer año, como estima el demandante. no obstante la correcta interpretación de la cláusula cuarta del referido contrato no ofrece esa determinación en cuanto al tiempo de cumplimiento de la obligación asumida; sin mengua de que terminado el plazo de arrendamiento se obtenga una posible indemnización por la no adaptación del local; pero sin que, entretanto no transcurre, pueda servir ese dato para resolver el contrato por no haberse hecho las obras en el primer año. Luego la conclusión es que existe *obligación de acondicionar* el local, pero no precisamente en el primer año de vigencia o plazo del contrato, sino durante el plazo y a todo lo largo del contrato.

Por último, resaltar que no se está ante un arrendamiento puro y simple que permita sujetarlo a la Ley de Arrendamientos Urbanos, por no consistir en la nuda cesión de uso por una parte y pago del precio convenido por la otra parte, compatible con la cláusula accesoria frecuentemente incorporada de facultársele al arrendatario para efectuar en el local arrendado las obras de acondicionamiento a la categoría de obligación principal, incompatible con la sujeción a la ley especial y a la prórroga forzosa, situando el contrato litigioso en el régimen común del Código civil. (Sentencia de 3 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El fundamento de la demanda era el siguiente: según la interpretación que se hace de la estipulación cuarta del contrato de arrendamiento, los arrendatarios venían obligados a acondicionar el local por cuenta propia y dentro del primer año del contrato y por supuesto el abono de la renta convenida; no obstante la interpretación que prospera es que debe acondicionarse el local no precisamente en el primer año, sino durante el plazo de vigencia del contrato.

(F. LL.)

31. *Principio de irrevocabilidad de las donaciones «inter vivos».*—Sólo cuando exista alguno de los supuestos que establece el Código civil podrá producirse referido efecto revocatorio.

*Exposiciones de motivos. Valor interpretativo.*—Que aun cuando dichas exposiciones no pueden ser alegadas como tesis central de casación al amparo del artículo 1.692 de la Ley procesal, ya que no tienen valor de norma, constituyen siempre un elemento importante en orden a la interpretación de la ley, al permitirnos conocer la «mens legislatoris» para poder llegar a la «ratio legis». Además, a través de ellos se ofrecen al intérprete tanto doctrinario como jurisprudencial los condicionamientos socioeconómicos, político-morales y técnico-jurídicos que motivaron la ley, contribuyendo así a su mejor aplicación. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de donación de un piso. Posteriormente, se demandó la revocación o, en su caso, la resolución de la donación por incumplimiento de cargas. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación del donante.

32. *Contrato de edición. Liquidación de cuentas. Documento auténtico.*—Ni la certificación del Instituto Nacional del Libro Español, ni la del Instituto Bibliográfico Hispánico, tienen el carácter de auténticos a efectos de la casación tanto por su cualidad de simples certificaciones administrativas como por el evidente hecho de figurar ya unidos a autos y haber sido objeto de valoración por el Tribunal sentenciador.

*Prueba pericial.*—Es reiterada la doctrina de esta Sala que la prueba pericial, al ser objeto de valoración por el Juzgado de Instancia de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no es susceptible de impugnación por la vía casacional.

*Interpretación de pactos.*—La interpretación de los pactos entre las partes es función que compete al Tribunal de instancia, cuya labor no puede ser impugnada en casación más que en el supuesto, que aquí no acontece, de que la interpretación dada por la misma deba ser tachada de absurda o ilógica. (Sentencia de 6 de febrero de 1984; no ha lugar.)

33. *Préstamo usurario garantizado con hipoteca.*—El pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada, y ya se entienda que esta obligación de restituir se genera *ex mutuo* en lo que el negocio fue válido, o que surge como aspecto de la declaración de nulidad, es incuestionable en todo caso que, aun sin traer a colación el principio favorable a la nulidad parcial de los contratos sancionados por la jurisprudencia, asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, y por consiguiente no desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca, que por obra misma de su accesoriedad habrá de subsistir en tanto el pago del crédito no provoque su extinción.

*Congruencia.*—Entendida la congruencia como adecuación entre las peticiones de los contendientes y la parte dispositiva de la resolución, una doctrina jurisprudencial constante enseña que tal conformidad habrá de ser no literal y rígida sino racional y consecuente, siempre que guarde la debida acomodación a los presupuestos de la controversia, lo que permitirá decidir sobre las lógicas derivaciones del tema suscitado aun sin necesidad de que fueran llevadas al *petitum* en la fase expositiva. (Sentencia de 14 de junio de 1984; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de préstamo usurario garantizado con la hipoteca de tres fincas. El Juez de primera Instancia acogió la demanda del prestatario, decretando la nulidad del préstamo y la cancelación de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. La Audiencia Territorial revocó este fallo en el extremo en que se ordena la cancelación señalada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el prestamista.

**NOTA.**—Nuestro Tribunal Supremo adopta en esta sentencia un criterio semejante al mantenido anteriormente en la sentencia de 6 de marzo de 1961, relativa a un préstamo usurario garantizado con fianza. Es indudable que la Ley Azcárate tiene el suficiente ámbito de aplicación como para determinar la nulidad de cualquier tipo de préstamo que sea usurario, con independencia de la forma que revista y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, según se infiere de los artículos 1 y 9 de esta ley. Véase la amplia información, doctrinal y jurisprudencial, que suministra MARÍN PÉREZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por ALBALADEJO)*, tomo XXII-vol. 1.º, Madrid, 1982, págs. 118-141.

A. C. S.

34. *Mandato para enajenar. Rendición de cuentas.*—Declarado probado que el recurrente realizó la venta de los bienes muebles del actor al amparo del apoderamiento que con amplísimas facultades le confirió en la escritura de mandato de 11 octubre 1976, surge de tal situación jurídica la consiguiente obligación del mandatario de rendir cuenta de las operaciones realizadas, que debía ejecutar con arreglo a las instrucciones recibidas y en su defecto a lo que haría un buen padre de familia; obligación que no es más que una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administran bienes ajenos, fundada en principios de moralidad y justicia, y que, con respecto al mandatario, es el último acto de su gestión que resultaría incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, lo que ha pagado y lo que ha vendido, debiendo resultar de tales cuentas la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario para juzgar por ella si ha administrado o no como un buen padre de familia, pues una rendición de cuentas debe fundarse, no en hipótesis sino en realidades, y éstas debidamente acreditadas por medio de documentos justificativos, salvo en los casos exceptuados por la ley o por la voluntad de la persona a quien la cuenta; no basta la simple indicación genérica de una supuesta liquidación, que se expresa diciendo «Venta de bienes muebles... un millón quinientas mil», sin otra justificación documental, y que ni siquiera aparece firmada.

*Abono de lo recibido.*—Como consecuencia de la obligación de rendir cuentas surge el deber del mandatario de entregar el saldo definitivo. (Sentencia de 19 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

35. *Daño derivado de la no inserción del abonado en la guía telefónica. Responsabilidad contractual.*—Si bien es cierta la constante cita y aplicación de la doctrina consistente en la necesidad de probar la producción efectiva de los daños y perjuicios cuya indemnización se postula, de acuerdo con la formulación jurisprudencial, de que el solo incumplimiento contractual no es suficiente para sancionar el deber de indemnizar, en buena técnica de realización del Derecho ha de matizarse el encaje de los hechos en esa abstracta formulación en exceso generalizada, no debiendo excluirse la idea de que el incumplimiento (impago de una renta, de un precio, de un hacer o prestar un servicio, una gestión, por ejemplo) no constituya «per se» un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, de su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias, perfectamente señaladas en el artículo 1.258 del Código civil; todo ello evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir «in re ipsa» el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, naturalmente según casos y circunstancias, a lo que la propia jurisprudencia citada como restrictiva da pie al decir «que no siempre» el incumplimiento produce el deber de resarcir.

*Resarcimiento del daño moral.*—Aunque una concepción economicista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa a la indemnización de los daños morales, cierto es que hoy aparece superada.

*Determinación del valor cuantitativo o repercusión económica del daño.*—El incumplimiento (el daño «in re ipsa») es base suficiente para la obtención del valor cuantitativo o repercusión económica «pretium singulare»), bien habiéndolo en el proceso, ora en ejecución, como autoriza el artículo 360 de la Ley procesal y así hizo el Juez de Primera Instancia al remitir el tema al período ejecutivo. (Sentencia de 9 de mayo de 1984; ha lugar.)

**HECHOS.**—El actor, de profesión abogado, apreció que su nombre no figuraba en la guía telefónica del año mil novecientos setenta y siete. Por este motivo solicitó en la demanda la correspondiente indemnización por todos los daños morales causados y que se puedan causar en la suma de un millón de pesetas, intereses legales y costas. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a la parte demandada a que pague al actor, como indemnización de daños y perjuicios, la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el abogado.

NOTA.—Esta sentencia parece marcar un importante giro en la jurisprudencia, ya que, además de admitir con claridad la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de un contrato, a mi juicio con total acierto (arg.: artículo 1.101 del Código civil), señala que el puro incumplimiento contractual implica *per se* un daño resarcible. Numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo han afirmado, en cambio, que no basta para que exista daño probar el incumplimiento de una obligación, porque el incumplimiento por sí sólo no lleva consigo en todo caso la producción de daños (cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1983, p. 131). Conviene remarcar, sin embargo, que la doctrina de esta sentencia se explica, en buena medida, por la forma en que llega la cuestión litigiosa al Tribunal Supremo, ya que se plantea exclusivamente en torno al resarcimiento de daños morales, cuando cabe pensar que la pérdida de clientela por el abogado no deja de ser un daño fundamentalmente patrimonial.

A. C. S.

36. *Responsabilidad por daños. Rotura de cable telefónico por máquina excavadora. Ausencia de culpa en el autor material.*—El conductor de la máquina excavadora era simple ejecutor material de los trabajos proyectados y ordenados por terceras personas, y se limitó a seguir las instrucciones del encargado de la obra en quien debía racionalmente presumirse que estaba en posesión de los antecedentes relativos al trazado de los servicios, entre ellos el telefónico, que discurrían por el subsuelo y que podían resultar afectados, sin que exista dato alguno que permita suponer que en el desarrollo de tal cometido se extralimitase, o que su conducta, atendidas las circunstancias, pecase de descuidada, por lo cual no puede reprochársele falta de previsión o diligencia en la ejecución de su tarea que pueda servir de presupuesto para hacerle una imputación a título de culpa o negligencia, no habiéndose llegado todavía a la responsabilidad por la simple causalidad.

*Responsabilidad civil del empresario. Carácter directo.*—Es cierto que la responsabilidad fundamentada en el artículo 1.903 C. c. es directa, en cuanto puede exigirse a la empresa sin demandar al dependiente, por ser una derivación de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero tal responsabilidad directa exige como presupuesto la culpa *in operando* del dependiente o empleado, de modo que, si falta ésta, ningún reproche puede hacerse al empresario por defecto de elección o vigilancia.

*Contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación. Inaplicación del artículo 1.903 C. C.*—Como declara la s. de 4 enero 1982, cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903, puesto que, por regla general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en organización y medios. y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección.

*Falta de responsabilidad del contratista.*—No puede atribuirse al contratista falta de previsión o diligencia en la ejecución si se declara probado

que el dueño de la obra concertó la excavación con persona distinta. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho es el que con reiteración sirve a la C.T.N.E. de base a sus reclamaciones ante los Tribunales civiles: con motivo de realizar obras de excavación se produce la rotura del cable telefónico. La s. extractada sugiere: 1.º) Que el T. S. aplica los puros criterios de responsabilidad por culpa; 2.º) Que no parece fácil encontrar quién es el culpable de los daños para que responda de ellos, pues se elimina al causante material, a la empresa por cuenta de la cual trabajaba y a quien, al parecer, subcontrató con ella, así como el contratista del edificio.

(G. G. C.)

37. *Culpa extracontractual. Accidente causado por moto-niveladora. Aplicación del Código de la Circulación.*—Los términos «lugar transitable» y «transitar» cuando se refieren a vehículos de motor han de entenderse en relación a sus caracteres, condiciones y, sobre todo, a las funciones para las que fue creado y está destinado a cumplir cada modelo, y como la máquina-vehículo en cuestión es una excavadora que estaba destinada a realizar trabajos de nivelación en un finca propiedad del actor recurrido, resulta evidente que las tierras objeto de nivelación constituyen, a los efectos de la circulación de este tipo de vehículos, el lugar o medio más idóneos para conducir, llevar o trasladar de un lugar a otro los mismos; por lo que deben rechazarse las alegaciones de ser inaplicables el Código de la Circulación al tratarse de un terreno particular el lugar en donde ocurrió el accidente. (Sentencia de 25 de enero de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente se produjo al dar marcha atrás la moto-niveladora, habida cuenta de la gran envergadura de su parte trasera, lo que le impidió ver al dueño de la finca y le arrolló, causándole graves lesiones con amputación de miembro que constituye incapacidad total permanente para el trabajo habitual. La indemnización supera los cuatro millones de pesetas y el recurso se interpone por la empresa aseguradora.

(G. G. C.)

38. *Culpa extracontractual. Accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo».*—Según constante y uniforme doctrina jurisprudencial la iniciación del cómputo para la prescripción de la acción del artículo 1.902 C. c. no lo fija del auto de sobreseimiento y archivo de las acciones penales, sino la del auto llamado de fijación de la cantidad máxima exigible por el perjudicado, que es el momento a partir del cual la acción civil puede ejercitarse, a los efectos del artículo 1.969; en el presente caso el acto de conciliación solicitado dentro del plazo seguido de la demanda inicial del procedimiento interpuesta antes de transcurrir dos meses de aquél, por lo cual no ha prescrito la acción. (Sentencia de 13 de abril de 1984; ha lugar.)

39. *Culpa extracontractual. Muerte por inmersión en piscina pública. Presunciones. Falta de enlace preciso y directo.*—En el caso que nos ocupa, falta ese enlace lógico y preciso entre el hecho demostrado de que el día de autos, y juntamente con el accidentado, se hallaban bañándose en la piscina



varios amigos, que no advirtieron su súbita inmersión, y el hecho inducido de que tampoco hubiera podido percibirse de la misma un vigilante, si lo hubiera habido, máxime cuando no consta que los amigos del fallecido se hallaran en aquel momento junto a él, siendo además de presumir que se hallarían atentos, no o lo que pudiera sucederle a su amigo, sino al disfrute de su baño, por lo que en modo alguno puede reputarse conclusión lógica la de que un vigilante profesional, atento por razón de su misión a percatarse de los accidentes que pudieran ocurrir en la piscina, no pudiera darse cuenta en un tiempo prudencial del acaecido al hijo de los actores.

*Responsabilidad del Ayuntamiento. Concurrencia de culpas. Imprudencia de la víctima.*—Se ha acreditado la existencia de un daño, consistente en el fallecimiento por accidente, cuando se hallaba bañando, en la piscina municipal de M. de R., el hijo de los actores; una negligencia, cual es la imputable al Ayuntamiento de la localidad que, pese a hallarse obligatoriamente provisto por la legislación administrativa, no disponía en sus instalaciones de baño de un servicio de vigilancia y socorro; y, finalmente, de una relación causal entre el daño acontecido a los actores y la negligencia imputable a la entidad demandada, por lo que procede acceder a al acción, si bien, existiendo en el bañista una evidente negligencia, al proceder a tomar un baño en la piscina con posterioridad a la comida del mediodía y cuando se hallaba en plena digestión de la misma, negligencia que contribuyó de manera importante al accidente mortal, y a la que habrá de atribuirse un cincuenta por ciento de la causación del óbito, procede la compensación de la indemnización que habrá de ser abonada en su mitad. (Sentencia de 25 de marzo de 1984; ha lugar.)

NOTA.—La importancia de la doctrina aquí sentada viene dada, de una parte, por la multiplicación de accidentes mortales en piscinas públicas, y, de otra, por las vacilaciones de la doctrina jurisprudencial hasta ahora, de lo que es indicio el hecho de que en ambas instancias había recaído sentencia absolutoria. La obligación de establecer un eficaz servicio de vigilancia y socorro venía siendo cumplida muy imperfectamente, y cabe pensar que la doctrina de esta sentencia puede representar buen estímulo para cumplirla. Nada que oponer a la inadmisión de la *praesumptio hominis* que había servido de base a la desestimación de la demanda.

(G. G. C.)

40. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo. Falta de vigilancia de la empresa. Culpa de la víctima.*—Al ocurrir el accidente mortal el trabajo se realizaba o iniciaba sin una vigilancia, control y dirección adecuados, lo que significa que la empresa no ha acreditado que se hubiese empleado la vigilancia de un buen padre de familia para prevenir el daño, debiendo añadirse la actuación negligente del obrero fallecido por el hecho comprobado de que en el pasillo donde fue alcanzado había espacio suficiente para que, aun cruzándose a la vez dos grúas en ese lugar, no fuese alcanzado por las mismas de haber prestado la atención necesaria.

*Presunción de culpa.*—Es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de la fuerza mayor, el autor de la ac-

ción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de concurrir, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve e intensidad como para abonar la otra culpa concurrente, pues en otro caso sólo puede apreciarse cierta compensación traducible en moderación del montante económico a satisfacer. (Sentencia de 11 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Obsérvese que la declaración sobre presunción de culpa no puede tomarse de modo absoluto sino, en primer lugar, en el ámbito concreto del caso resuelto que es el de los accidentes laborales, y luego en los sectores que el propio T. S. ha determinado.

(G. G. C.)

41. *Culpa extracontractual. Daños por incendio en local arrendado. Acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Diferencia entre ambas. Doctrina general.*—Son netamente diferenciables los regímenes de las responsabilidades contractual extracontractual, y de preferente aplicación *inter partes* esta última según reiterada jurisprudencia (ss. 4 octubre 1953, 13 junio 1962, 11 marzo 1967 y últimamente 7 abril, 5 y 18 octubre y 16 noviembre 1983), condensándose las diferencias caracterizadoras de los respectivos regímenes, principalmente, en su distinto origen, en la capacidad del sujeto responsable, en el grado de la culpa, en el contenido del deber de indemnizar, en las cláusulas de regulación, en el diferente plazo prescriptivo, en la competencia, en la pluralidad de deudores y el carácter de solidaridad que es propio de las obligaciones nacidas fuera de contrato, etc.; habiéndose precisado, en relación con el origen, que la culpa extracontractual presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, fuera del deber genérico y común a todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato —y de ahí su calificativo—, pero que puede ser una relación enmarcada en el ámbito de los servicios municipales (s. de 26 enero 1984), o una situación de propiedad horizontal (s. de 1.º marzo 1984), o, en general, como dice la s. de 3 de octubre 1968, cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento.

*Puntos de coincidencia y regulación común de la responsabilidad contractual y extracontractual. Doctrina general.*—Conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, la común finalidad reparadora produce unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribuibilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir, debiendo evitarse la duplicidad de indemnizaciones con enriquecimiento injusto del acreedor, originándose la aplicación indistinta de preceptos que pueden reputarse comunes, con matizaciones, como los artículos 1.101 a 1.107 C. c.

*Criterio para resolver la acumulación de responsabilidades.*—Para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana no es bastan-

te que exista un contrato, sino que se requiere que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de los pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial siendo inimaginable su encuadramiento dentro del general deber de no dañar a otro (responsabilidad contractual pura); mientras que si el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente, y operaría y lo haría con la misma extensión e intensidad aunque ésta no hubiere existido nunca (responsabilidad aquiliana pura); concibiéndose un *tertium genus* en que el hecho dañoso es inescindiblemente incumplimiento de deber contractual y violación insegregable de aquél, del deber general de no causar daño a otro; y si la separación de los dos regímenes es obligada, e inconcebible la coexistencia en las dos primeras hipótesis consideradas, no puede predicarse igual tratamiento en la tercera, pues la relación preexistente no es bastante para eliminar la responsabilidad aquiliana, la cual opera, en yuxtaposición con la contractual, aunque en ámbitos diferentes, pudiendo entenderse además que junto a la responsabilidad contractual subsiste, como fondo, la extracontractual, completando a la primera, e integrando los elementos todos conducentes a un pleno y satisfactorio resarcimiento, sin otro límite que evitar el enriquecimiento.

*Naturaleza extracontractual de la culpa del arrendatario. Solidaridad del arrendatario con el autor material del daño.*—Es acertado calificar de extracontractual la responsabilidad del arrendatario por los daños causados por el incendio que destruyó la finca arrendada, originado cuando el hijo de aquél manipulaba en la reparación de una motocicleta cuyo depósito de gasolina explotó, lo que le permite, no sólo extender al autor material *iure proprio* la culpa y la responsabilidad, sino además estructurar la relación obligatoria como solidaria. (Sentencia de 19 junio 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia «docta» (Pte. Serena Velloso) en la que se hace balance de la doctrina jurisprudencial sobre concurrencia o acumulación de culpas, contractual y extracontractual. En el presente caso se había destruido por un incendio, no sólo la finca arrendada, sino también el piso superior en el que vivía el arrendador. Aunque era visible la relación arrendaticia y resultaba evidente la aplicación de los artículos 1.561 a 1.564 C. c., la responsabilidad extracontractual parecía más beneficiosa para el perjudicado, pues se ampliaba el ámbito objeto de los daños y se permitía hacer una declaración de solidaridad entre el causante del daño y el arrendatario. La preferencia concedida al régimen de los artículos 1.902 y ss. del C. c. aparecía justificada. (G. G. C.)

42. *Culpa extracontractual. Muerte por inmersión en piscina. Responsabilidad del dueño. «Culpa in vigilando» e «in eligendo».*—Es doctrina reiterada que la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente, partiendo de los hechos que queden definitivamente acreditados, es cuestión de derecho; en el presente caso no cabe exonerar de culpa al propietario y explotador de la piscina en cuanto se hallaba ajeno a la vigilancia que debió actuar sobre la misma y personas que la frecuentaban, y, por otro lado, colocó para efectuar esa vigilancia a personas que no se hallaban en el momento de ocurrir la muerte por sumersión de la hija del actor, en el lugar adecuado para haber intentado evitar el luctuoso resultado, sino que estaban fuera, habiendo de ser avisados, con la pérdida de tiempo que pudo ser decisivo para salvar la vida de la víctima; aparte de ello, no consta acreditado ni

la preparación del supuesto bañero, carente de toda titulación oficial, ni que el cuidado y vigilancia se hiciese por empleados idóneos o especializados provistos de la legitimación documental que exige el artículo 20 de la O. M. de 31 mayo 1960, requisitos que, aunque su carencia por sí sola no integra la conducta culpable que aquí se incrimina, contribuyen con las demás circunstancias fácticas a calificar como negligente la conducta del demandado configurada a través de una evidente *culpa in vigilando* o *in eligendo*.

*Responsabilidad por riesgo.*—La responsabilidad del dueño de la piscina queda reforzada si se tiene en cuenta el predominio que en la doctrina moderna tiene la responsabilidad fundada en la creación de riesgos, en la que, sin prescindir de la voluntariedad, más o menos directa en el resultado, se imponen las consecuencias de una actividad peligrosa, siendo indiferente que el causante del daño esté autorizado o no por acto de la Administración para la explotación que desarrolle, ya que le afecta entonces el principio reconocido de la responsabilidad por transgresiones lícitas, siendo justo que los perjuicios queden indemnes de las consecuencias nocivas que se les obliga a tolerar; en el caso debatido la insuficiencia de medios preventivos de accidentes en la piscina, máxime cuando es conocida la doctrina de esta Sala de que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han recibido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que no se hallaba completa la diligencia, siendo también de ponderar que el factor de riesgos es compensado con los beneficios de una actividad lucrativa que tiene como contrapartida las consecuencias de aquellos riesgos. (Sentencia de 14 de junio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia modélica (Pte. Santos Briz) vocada a consolidar el criterio de responsabilidad por riesgo en los accidentes, cada vez más numerosos, acaecidos en piscina, casi siempre con resultado de muerte. Comienza la s. extractada por establecer en el primer considerando una minuciosa descripción de los hechos básicos de la demanda, que se resumen así: «Nadie se aperció en el momento de la desaparición de la persona que resultó ahogada en la piscina, que no fue auxiliada de forma inmediata por los bañeros vigilantes, sino con posterioridad, y que el fallecimiento ocurrió, aparte de que sufriese un desvanecimiento la víctima, por la circunstancia de hallarse en el agua y ahogarse». La s. establece con claridad la responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo* del dueño, para, a continuación, reforzarla con argumentos de responsabilidad por riesgo. Con ello parece delimitarse con claridad un nuevo sector de la actividad social (el uso de piscinas públicas) en el que deja de aplicarse el puro principio de la responsabilidad por culpa. Ello obligará a los propietarios de las mismas a extremar las medidas de seguridad y a contratar seguros de responsabilidad civil; también debe estimular a la Administración Pública a una reglamentación más eficaz de tales explotaciones abiertas al público, ya que la vigente parece dejar mucho que desear. Una última consideración: Si los usuarios de tales piscinas públicas abonaban una entrada para poder utilizarlas ¿no se estará en el caso de una responsabilidad fundamentalmente contractual? ¿No debiera entenderse que a cambio del precio el usuario debe recibir un servicio en condiciones de plena seguridad física? La reciente e importante s. de 19 junio 1984, extractada en este ANUARIO, parece concebir la responsabilidad contractual en estos casos como complementaria de la contractual. El tema parece no estar cerrado.

43. *Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de máquina extractora. Culpa del empresario.*—Se declara probado que la labor que realizaba el actor perjudicado, prestando su tractor para hacer funcionar la máquina extractora de purines adquirida por el recurrente, «Grupo de Colonización 8 de setiembre», lo fue por encargo de dicho Grupo, obrando éste como empresario, por su cuenta y encargo, aunque de ello también se beneficiará la víctima o dueño del tractor al utilizar como abono los purines extraídos, mas estimando culpa o negligencia en el Grupo, dueño por compra de la máquina o cisterna extractora, por permitir el funcionamiento de ésta sin estar dotada de la suficiente protección de su mecanismo de toma de fuerza, omisión que fue causa del accidente, bien que con culpa compartida por la víctima por no guardar tampoco ésta la debida diligencia o precaución en el manejo. (Sentencia de 8 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La s. no define la naturaleza de la culpa, si contractual o extracontractual. Por los datos que la misma contiene parece que se trata de la prestación de servicios benévolos, tan frecuente en las zonas rurales, de lo que puede ser indicio la circunstancia de que la propia víctima se beneficiara de aquéllos. En todo caso, no suscitándose cuestiones de prescripción de la acción, la solución parece correcta, habida cuenta, además, de la reducción a la mitad de la indemnización solicitada por concurrencia de culpas.

(G. G. C.)

44. *Culpa extracontractual. Muerte por electrocución de cable de alta tensión. Negligencia. Concurrencia de culpas.*—La muerte del hijo del demandante se produjo a consecuencia de una descarga eléctrica producida por un viento o tensor cuya permanencia en el lugar que se produjeron los hechos era innecesaria, lo que denota en la empresa demandada y en su director técnico una conducta notoriamente imprudente o negligente, incluso con violación de normas laborales, que implicaban un riesgo potencial, exacerbado ante la presencia de lluvia persistente, circunstancia asimismo previsible, si bien el alcance objetivo de la indemnización se atenúa por la coexistencia de culpa concomitante en la víctima. (Sentencia de 5 de abril de 1984; no ha lugar.)

45. *Culpa extracontractual. Lesiones causadas en quirófano con instrumental. Culpa del médico. Inexistencia de caso fortuito.*—El caso fortuito presupone que se trate de un suceso que no hubiera podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable, circunstancias que no concurren en el caso debatido en el que se probó una evidente falta de diligencia desde el punto de vista técnico facultativo, en el operador que no previó situaciones de tensión en su cometido, tales como la avería de una bomba impulsora en el momento crítico de la intervención, ni previno con antelación el instrumental necesario para evitar situaciones como la acontecida, y llegada esa situación no reaccionó con la prudencia necesaria, con lo que se hubiera eludido la penosa consecuencia ajena al estricto campo técnico y que era para un observador imparcial plenamente previsible, y evitables las consecuencias nocivas, siendo de notar que la Sala alude a la «falta de auto-control» y a «ac-

tos impulsivos», todo ello opuesto a la diligencia que según las circunstancias de tiempo, de personas y de lugar, hubo de observarse por el cirujano. (Sentencia de 20 de marzo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclaman los daños oculares producidos a una estudiante de A.T.S. que realizaba prácticas con un centro del antiguo I.N.P. hoy INSALUS, al producirse un fallo en la bomba de circulación extracorpórea, lo que motivó que el cirujano pidiera unas pinzas, que le fueron facilitadas, pero que al no cumplir su misión, las arrojó sobre la bandeja del instrumental, rebotando y proyectándose sobre la cara de la actora, alcanzándole en un ojo. El fallo es plenamente de aprobar.

(G. G. C.)

46. *Culpa extracontractual. Daños por inundación del piso superior. Obreiro que deja abierto un grifo. Responsabilidad de la arrendataria del piso. Responsabilidad objetiva o por riesgo.*—El artículo 1.902 C. c. es un precepto genérico del cap. segundo, tít. XVI, Libro IV, que si bien es aplicable cuando el supuesto enjuiciado no se encuentra comprendido en ninguno de los casos que en los siguientes artículos enmarcan tipos concretos de responsabilidades extracontractuales, en otros no se requiere la concurrencia de los tres requisitos que la doctrina deriva de aquel precepto, y, en particular, el de la culpa por parte de quien viene obligado a responder.

*Naturaleza de la responsabilidad derivada del artículo 1.910 C. c.*—Sus precedentes más antiguos conocidos se encuentran en la *actio de effussis vel dejectis* y en la Partida séptima, Tít. XV, Ley 25, y un sector muy considerable de la doctrina científica española estima con acierto que, junto a los artículos 1.905 y 1.908-3.º, constituye una clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo», aun cuando constituya en realidad una obligación legal de indemnizar regulada por el artículo 1.090 C. c., por lo cual es evidente que el hecho de mediar, o no, culpa por parte de la recurrente, no impide su deber de resarcir a quien sufrió el daño, sin perjuicio de su derecho a repetir sobre quién pudiere haber sido el causante directo del mismo.

*Interpretación extensiva del artículo 1.910.*—Las expresiones «se arrojaran o cayeren» empleadas en el artículo 1.910 no constituyen un *numerus clausus*, razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que, originados dentro del límite ambiental en él determinado, puedan causar daño o perjuicio, tanto a otros convecinos, copropietarios, etcétera., por razón en tales casos de aplicación y observancia del principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad, como a quienes con ocasión de deambular por las inmediaciones del inmueble reciban daño o sufran perjuicio por las cosas que se arrojaran o cayeren del piso, vivienda o local en cuestión; en el presente caso, el titular de un bajo dedicado a establecimiento comercial reclama los daños causados al haber dejado abiertos los grifos del primer piso uno de los obreros que en él realizaban obras por cuenta de la arrendataria del mismo, como consecuencia de haberse producido un corte general de agua en el edificio. (Sentencia de 12 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No deja de suscitar extrañeza, y aun sorpresa, la doctrina de esta s., de la que ha sido Pte. Fernández Martín-Granizo, no tanto por el sentido del fallo, cuanto por su argumentación. Era clara la responsabilidad de la empresa que llevó a cabo las obras en el piso por los daños causados por el descuido de su empleado que deja abiertos los grifos; pero la demanda se dirige contra la inquilina del piso que muy leve participación tuvo en la causación de aquéllos, siendo de difícil fundamentación su posible responsabilidad en el artículo 1.903, párr. 4.º; acaso se ha considerado una razón de economía procesal, pues expresamente se deja a salvo la acción contra el causante de los daños. Con todo, debe objetarse que la doctrina se inclina en contra de una aplicación extensiva del artículo 1.910 a supuestos no previstos: DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II*, 4.ª ed., 1983, p. 654) dicen que el sentido del precepto es que el daño sea causado por cosa que se arroje o caiga de la casa, pero no de aquellas cosas que forman parte del mismo edificio. ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-2, 1972, p. 356, nota 23) opina que fuera de las hipótesis que la ley enumera, la reparación del daño sólo cabe exigirla apoyándose en el artículo 1.902 (cuya aplicación rechaza expresamente la sentencia), opinión que parece compartir LACRUZ (*Elementos II-1.º*, 1977, p. 250). En cambio, SANTOS BRIZ (Comentario al artículo 1.910, en *Comentarios Albaladejo*, tomo XXIV, 1984, p. 661), sin perjuicio de recoger la *communis opinio* de tratarse de una responsabilidad sin culpa, meramente por riesgo y a veces objetiva, se limita a citar esta sentencia, sin comentario alguno, apuntando que no es frecuente la aplicación jurisprudencial del artículo 1.910. (G. G. C.)

47. *Culpa extracontractual. Muerte por atropello. Culpa exclusiva de la víctima.*—Se declara probado que la conductora del vehículo causante del atropello circulaba correctamente por una vía urbana, y cuando ya tenía rebasado el paso de peatones existente en el lugar, de forma repentina accedieron a la calzada el matrimonio formado por la actora y su difunto esposo, siendo éste atropellado en la misma altura del bordillo de la acera; por mucho que se atenúe el fundamental principio de responsabilidad por culpa consagrado por el artículo 1.902 C. c., estableciendo sensibles limitaciones en el criterio subjetivista, tal y como notoriamente viene haciendo este Tribunal, con expedientes que van desde la inversión de la carga de la prueba a partir de la s. de 10 julio 1943, hasta el de responsabilidad por riesgo a que se refieren, entre otras, las ss. de 24 marzo 1953, 18 noviembre 1980 y 6 mayo 1983, no puede llegarse a la radical conclusión de que la indemnización basada en dicho precepto pueda ser acogida no obstante existir una previa declaración judicial que asegura la irreprochabilidad de la conducta del demandado según ss. de 27 enero y 25 abril 1983.

*Pérdida del depósito.*—A la constitución y pérdida del depósito para recurrir en casación no es obstáculo el que los razonamientos de primera y segunda instancia no coincidan, ya que el precepto procesal que sanciona con las costas y pérdida del depósito al recurrente cuya pretensión se rechace, claramente se refiere a la coincidencia de lo resuelto en una y otra sentencia, y no a lo razonado en ellas. (Sentencia de 8 de mayo de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Ambas ss. de instancia eran contestes en exonerar de responsabilidad civil al conductor del vehículo causante del atropello. No parece que deba verse en la doctrina de esta sentencia una revisión de la jurisprudencia,

sino más bien la determinación del límite mínimo o del umbral de la responsabilidad civil por accidente de circulación, habida cuenta de que ya se abonaron las indemnizaciones —ciertamente, ya no suficientes por el deterioro del valor adquisitivo de la moneda— del seguro obligatorio. El tráfico en las grandes urbes acusa una cierta irresponsabilidad por parte de los peatones, o de cierto sector de ellos, debida a factores muy diversos, que una «generosa» aplicación del artículo 1.902 C. c. no debe fomentar. (G. G. C.)

48. *Culpa extracontractual. Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. Daños producidos por la explosión de un petardo.*—Según declaró la s. de 10 junio 1983, dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos, es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean y en este sentido, el padre cuidador de un menor responde de los daños que éste cause a terceros, pues con su falta de cuidado creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real, no habiéndose probado que el demandado, en su calidad de padre del menor causante material de los daños, actuase con la diligencia exigible según las circunstancias de lugar y tiempo.

*Inexistencia de caso fortuito.*—El caso fortuito ha de consistir en «sucesos que no hubieran podido preverse», o en sucesos que «previstos fueran inevitables», ninguna de cuyas acepciones es aplicable a este caso, pues el hecho de lanzar un petardo por un niño de 13 años hallándose una persona a unos seis metros de distancia, permite prever a cualquier observador imparcial que puede causar daño a esa persona o a otras que se acerquen, y, además, se trata de actos que pueden fácilmente evitarse, mientras el caso fortuito es un circunstancia que surge imprevista, caracterizada por la inevitabilidad, mientras que el comportamiento objetivamente culposo del menor es plenamente previsible y no puede estimarse casual e irresistible. (Sentencia de 4 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Dos cuestiones merecen ser subrayadas en la doctrina de esta sentencia, cuyo acierto de fondo parece indudable: 1.ª) ¿Es culpable la conducta de un menor de 13 años que en la plaza de un pueblo lanza un petardo mal dirigido, por lo que, en lugar de ascender, alcanza a una niña de 8 años que estaba situada a unos seis metros de distancia? En el primer considerando se la califica de «comportamiento objetivamente culposo», aclarándose en el siguiente que radica «en la desatención o menosprecio que el agente observa al obrar descuidadamente con peligro para otras personas o bienes protegidos por el Derecho, causando un daño perfectamente previsible y evitable». Si bien en el presente caso no se plantea la posible acción de reembolso del padre contra el patrimonio de su hijo con base en una interpretación amplia del artículo 1.904, aquella calificación puede ser de interés. 2.ª) La s. califica como responsabilidad por riesgo la del padre *ex* artículo 1.903, pár. 2.º Sin duda que en el caso contemplado parece ser la más adecuada, pero no para encuadrar directamente la del progenitor, sino más bien la del ejecutor material de los daños. Y una profundización de los hechos permite preguntarse si no es tal la de la Autoridad que permite libremente la venta y lanzamiento de tales artefactos en el recinto de la plaza del pueblo. En cambio, no parece adecuada tal calificación, en general, para configurar en general las responsabilidades de los padres por los actos da-



ñosos cometidos por sus hijos menores, bastando a efectos de su eficaz funcionamiento con el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba.  
(G. G. C.)

49. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de circulación. Evolución interpretativa del principio culpabilístico del artículo 1.902 C. C.*—Aunque es cierto que el artículo 1.902 C. c. sigue, en términos generales, el principio de la culpa, en cuanto tal fue la idea que inspiró a sus redactores siguiendo el antecedente de sus homónimos franceses, dicho criterio no aparece, sin embargo, plasmado con carácter de exclusividad en el cap. II, tít. XVI, Libro IV, cual acreditan los artículos 1.905 y 1.910, en los que el principio culpabilista aparece fuertemente objetivizado; por otra parte los avances de la técnica han provocado la aparición de nuevas máquinas, instrumentos y productos que, desconocidos en el momento de la promulgación del C. c., se encuentran actualmente muy generalizados, especialmente aquellos cuya explotación es causa y origen de actividades que, si bien necesarias para la comunidad en general, son fuente de peligros y riesgos para sus miembros, a la vez que de beneficio para quienes los explotan, lo cual ha dado lugar a la promulgación de una serie de disposiciones encaminadas a obtener una mejor y más adecuada defensa de la persona, como la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor y la Ley sobre Energía Nuclear, caracterizadas por objetivar la responsabilidad de quienes los utilizan.

*Concurrencia de culpas. Reducción del «quantum» indemnizable.*—En los supuestos de eventos dañosos originados por la utilización de Vehículos de motor, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1. C. c. la interpretación del artículo 1.902 C. c. no puede realizarse con análogo criterio al que se seguía antes del auge de la circulación viaria, ni tampoco de la promulgación del Texto Refundido de 1968, toda vez que la adecuada y justa aplicación de dicho precepto exige, en el actual momento histórico, una minoración de su culpabilismo originario, lo cual sólo puede obtenerse por medio de una actividad hermenéutica adecuada, acudiendo para ello, siempre que fuere necesario y con objeto de obtener una mejor y más justa aplicación del precepto, a través de los elementos lógico y sistemático, al examen y adecuación del Texto Refundido con el indicado artículo 1.902 C. c.; en la sentencia recurrida se ha tomado en consideración, tanto la actividad culposa del conductor del turismo causante del daño como del motorista fallecido, para, valorando una y otra, llegar a la adecuada determinación de su influencia en la producción del resultado indemnizable, fijando su *quantum*, que según reiterada doctrina de esta Sala, además de ser facultad soberana de la Sala, es cuestión de hecho solamente impugnabile por la vía adecuada.

*Prescripción de la acción. «Dies a quo».*—Es doctrina reiterada que en estos casos el plazo de prescripción ha de comenzar a computarse, no a partir de la fecha de notificación del auto acordando el archivo de las actuaciones, sino de la comunicación o notificación del «auto ejecutivo», fecha que si bien no aparece reflejada en la sentencia impugnada, ha de ser necesariamente posterior a la del propio auto. (Sentencia de seis de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer al fallo cuyo supuesto de hecho no ofrece especiales singularidades. Si acaso denunciar un cierto abuso de las «declaraciones de principio» por parte del T. S. que no aparecen muy justificadas para fundamentar la actividad moderadora de los Tribunales en el caso de concurrencia de culpas. Por otra parte, el sector de los accidentes de circulación es quizá en el que menos dudas se suscitan a propósito de minorar en fase hermenéutica el principio culpabilístico. Son otros los ámbitos de la culpa extracontractual en donde parece haber cierto retroceso jurisprudencial.

(G. G. C.)

50. *Aplicación del artículo 1.901 del Código civil. Evitación de enriquecimiento injusto.*—Es patente, por expresa conformidad de las partes, que se hizo en el piso vendido una mejora, fuera de lo inicialmente pactado y presupuestado, que tiene el significado de ser una justa causa de deber, en evitación del enriquecimiento injusto que, en otro caso, se produciría para el comprador demandante.

*Incongruencia.*—Ha de apreciarse comparado lo alegado por los litigantes y lo resuelto, no lo razonado, por la sentencia atacada, la cual guarda perfecta congruencia.

*Objeto del recurso de casación.*—No es lo pedido en la demanda, sino lo resuelto por la sentencia. (Sentencia de 25 de enero de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso en construcción. En virtud de la normativa vigente sobre viviendas de protección oficial, el comprador suplicó al Juzgado que se dictara sentencia condenando a los promotores-vendedores a que otorgasen a los actores escritura pública de compraventa de la vivienda con un determinado precio, inferior al solicitado por aquéllos, a lo que se opusieron los demandados, que alegaron, entre otras cosas, determinadas obras de mejora incorporadas al edificio en su conjunto y al piso vendido, que fueron aceptadas por los compradores. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. Prospera el recurso de casación interpuesto por los promotores-vendedores.

#### 4. Derechos reales

51. *Usucapión. Posesión en concepto de dueño.*—Si bien la usucapión extraordinaria no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro.

*Inversión del título posesorio.*—La recurrente no puede a su arbitrio alterar su título posesorio «alieno domine» en posesión en concepto de dueño apta para adquirir por usucapión aunque sea la extraordinaria. (Sentencia de 19 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercitó una acción reivindicatoria frente a la demandada, que se opuso a la demanda alegando que había usucapido la finca reivindicada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

52. *Desagüe de aguas contaminadas procedentes de la actividad de un establecimiento industrial. Inexistencia de servidumbre.*—La aplicación de la servidumbre natural que el artículo 69 de la Ley de 13 de junio de 1879 regula requiere la concurrencia de dos esenciales requisitos, cuales son que se trate simplemente de aguas a recibir en predios inferiores y que sean también simplemente aguas procedentes de establecimientos industriales, lo que no sucede en el presente caso, ya que, de una parte, se está considerando no un mero desagüe de aguas procedentes de establecimiento industrial no discurrerentes a predios inferiores de los demandantes, y ahora recurridos, sino a una charca o laguna propiedad de algunos de los demandados en que se abrevan ganados y que luego discurrer a fincas para su riego; y de otra parte, no son simplemente aguas procedentes de establecimientos industriales, sí que aguas con residuos nocivos a fines de utilización de la meritada charca o laguna para abrevadero de ganados y riego de fincas, con lo que al faltar los supuestos de hecho en que el repetido artículo 69 se soporta, indudablemente impide la aplicación de la normativa que contiene. (Sentencia de 2 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante afirmó la existencia de una servidumbre de desagüe que le facultaba a llevar las aguas a una charca o laguna. Debido a que estas aguas estaban contaminadas por la actividad industrial desplegada se produjeron diversos daños a ganado y fincas. El Juez de Primera Instancia declaró la inexistencia de la pretendida servidumbre y condenó a la entidad demandante a realizar las obras necesarias para impedir que las aguas contaminadas vayan a la laguna o charca aludida y a resarcir los daños y perjuicios ocasionados. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la entidad industrial.

53. *Poseción de una construcción. Acción publiciana diferencia con la reivindicatoria.*—Parte de nuestra doctrina, así como abundantes Sentencias de esta Sala, niegan la existencia en nuestro derecho de la acción publiciana. Pero en esta ocasión nuestro más Alto Tribunal, adhiriéndose a argumentos mantenidos en ocasiones anteriores, considera su autonomía e individualidad frente a la acción reivindicatoria, al entender que no procede el ejercicio de la acción publiciana porque el poseedor sólo puede dirigirla contra aquel que lo sea de peor derecho o contra el mero detentador, pero nunca contra el propietario, y como quedó perfectamente averdado en el Tribunal de Instancia, la parte recurrida es titular de la propiedad del local cuya posesión pretende la parte recurrente. (S. T. S. de 13 de enero de mil novecientos ochenta y cuatro; no ha lugar.)

## 5. Derecho de familia

54. *Separación matrimonial. Malos tratos de obra e injurias graves. Falta de prueba. Disposición transitoria segunda de la Ley de 7 julio 1981.*—La nueva normativa sobre separación matrimonial es aplicable a los hechos o situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 7 julio 1981, a tenor de la disposición transitoria 2.ª de esta Ley, pero la causa 1.ª del artículo 82 C. c. no puede aplicarse si se declaran improbados los malos tratamientos de obra y las injurias graves que la esposa imputa al marido.

*La enfermedad mental como causa de separación.*—El simple diagnóstico de «psicópata irritable» que al esposo se atribuye, por sí sólo no justifica ni jurídicamente permite presumir la causa de separación consistente en la enfermedad mental con los requisitos que previene el núm. 4.º del artículo 82. (Sentencia de 28 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Como he escrito en otro lugar, la novedad de las causas contempladas en el artículo 82.4.º C. c. —relativa, en cuanto a la enfermedad mental, pues la introdujo la Ley de 1932— aconseja cierta prudencia o cautela en su apreciación, ya que la dicción legal, que hace referencia a «perturbaciones mentales» resulta peligrosamente amplia, pese al condicionamiento final de la norma. Pienso que sólo deberá decretarse la separación cuando estén en peligro la salud o la integridad física o psíquica del otro cónyuge, o la misma vida familiar. Circunstancias que no parecen concurrir en este caso.

(G. G. C.)

55. *Filiación natural. Derecho transitorio. Eficacia derogatoria del artículo 14 C. E. respecto de las limitaciones para investigar la paternidad.*—A partir de la vigencia de la Constitución y por así disponerlo su artículo 14, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose en consecuencia derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del C. c. anterior a la reforma de 1981.

*Reconocimiento en acta de nacimiento. Irregularidades registrales.*—En este recurso no puede entrarse en el examen de si al firmarse el acta de nacimiento por los que en ellos figuran como padres, con posterioridad a su formulación, se vulneró o no el artículo 30 de la Ley de R. C. relativo a la unidad de acto de la inscripción, o si por haberse manifestado por el que promovió la inscripción que el inscrito era hijo de Francisca y de Rufo se conculcó el artículo 132 —hoy 122— del C. c. entonces vigente, o bien si el no haberse hecho constar la declaración de reconocimiento al margen de la inscripción firmada por quien realizase tal reconocimiento se infringió el artículo 49 de la indicada Ley, pues tales infracciones debieron denunciarse por el núm. 1.º y no por el 7.º del artículo 1.692 L.e.c., al implicar verdaderas infracciones jurídicas, y no meramente fácticas. (Sentencias de 16 febrero 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Acertadamente se considera que la voluntad de reconocer manifestada por el padre, registral aunque incorrectamente, se integra ahora en el reconocimiento expreso no formal a que se refiere el vigente artículo 135.

(G. G. C.)

56. *Filiación natural. Derecho transitorio. Acción declarativa de la patria potestad. Necesidad de atribución conjunta.*—Reconocido por la sentencia de instancia que Alejandro A. C., nacido el 13 de enero de 1976, es hijo natural de don Daniel A. L. y de doña Dolores C. R., y establecido por la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 13 mayo 1981 que la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de su entrada en vigor, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada, y establecido igualmente por la disposición transitoria 9.ª que la atribución de la patria potestad y su ejercicio se regirán por dicha Ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha del nacimiento del hijo, es manifiesto que para resolver el problema litigioso planteado por la demanda en la que se solicitaba se declarase que el actor ostentaba la patria potestad sobre su hijo natural reconocido con todos los derechos y deberes que legalmente comporta tal estado, debe aplicarse no el artículo 154 del C. c. derogado, sino el mismo precepto según la redacción dada por la Ley de 13 mayo 1981, ya que al concebir la patria potestad, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, la atribuye conjuntamente a ambos progenitores, si bien, atendiendo a ciertas situaciones, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, en las que los padres viven separados y sin que la titularidad conjunta se altere, asigna su ejercicio a aquel de los padres con el que el hijo conviva, sin perjuicio de que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio, y esta atribución conjunta de la patria potestad impuesta por la Ley, por estar regida la institución paterno-filial por normas de derecho necesario o *ius cogens*, hace inviable cualquier pretensión dirigida a que se declare la potestad sobre el hijo de uno de los progenitores, con exclusión del otro, amparada en una legislación derogada al tiempo de dictar sentencia.

*Incongruencia.*—Por regla general, las sentencias que absuelven de la demanda, resuelven todas las cuestiones litigiosas y no pueden tacharse de incongruentes.

*Falta de interés.*—La titularidad conjunta de la patria potestad respecto al hijo común la proclama la Ley, y una pretensión procesal dirigida a obtener una sentencia meramente declarativa sobre tal particular, es inviable por falta de interés en quien la ejercita, ya que no discutida su condición de padre, nadie le puede discutir su titularidad de patria potestad en los términos dichos. (Sentencia de 28 de febrero de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No son frecuentes las acciones meramente declarativas de la patria potestad, que requieren la prueba de un interés en el actuar, de no fácil

justificación. En el presente caso se trataba de un padre natural, según la legislación derogada, cuyo reconocimiento testamentario trata de explicarse, dos años después del nacimiento, por no haberse resuelto antes su demanda de nulidad del matrimonio con otra persona que le impedía hacerlo según el derecho anterior. Pero la razón fundamental de desestimar el recurso es que solicita declaración de la atribución exclusiva de la patria potestad; si bien se añade que también carecería de acción si solicitara declaración de la patria potestad conjunta, por falta de interés en el actor.

(G. G. C.)

## 6. Derecho de sucesiones

*57. Partición por comisario. Prórroga del plazo. Fecha del inventario. Presunciones.*—Si en diciembre de 1976 tiene el contador que pedir prórroga puesto que el perito encargado del avalúo de los bienes no lo había terminado, cabe presumir que el inventario ya estaba hecho, pues la tasación presupone la realización anterior del inventario.

*Prueba. Papeles privados.*—El escrito de petición de la prórroga no entra en el concepto de «papeles privados» a que se refiere el artículo 1.228 C. c., pues según ha declarado la jurisprudencia, estos últimos son aquéllos que se forman y conservan por uno sólo de los interesados y que, en atención a ello, hacen prueba contra el mismo, y sólo por la indivisibilidad del conjunto podrán aprovecharle.

*Función del inventario en las particiones privadas.*—Si bien existe la posibilidad de que en un solo acto se efectúen el inventario, y la tasación y partición, y la subsiguiente adjudicación, y hasta es práctica usual de los contadores, sin que haya de darse en las particiones privadas las acusadas diferencias que ofrecen las particiones judiciales en las que el inventario se regula en los artículos 1.063 a 1.067 de la L.e.c., y las operaciones propiamente divisorias en el 1.077, sin que se identifique aquél con la «Relación de bienes» del número 1.º del último precepto, con todo, tanto en las privadas como en las judiciales se ha de conceder al inventario una importante excepcional proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, y, por tanto, sólo a partir de la regular formación del mismo como operación inicial se puede pasar a las subsiguientes.

*Coherederos menores o sujetos a tutela. Citación. Nulidad absoluta si falta.*—Tanto en la primitiva redacción del artículo 1.057, pár. 2.º, *in fine*, como en la reformada en 1981, pár. 3.º, *in fine*, del mismo precepto se contiene la insoslayable exigencia para el contador, concurriendo la circunstancia de ser menores de edad o estar sujetos a tutela, de inventariar los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, con secuela de nulidad de la partición efectuada sin el cumplimiento de dicha formalidad, cuya *ratio* no es otra que la de proteger más eficazmente los intereses de los menores de edad y sujetos a tutela, con cierta abstracción de la capacidad de obrar de los mismos, quienes habrán, por tanto, de ser citados para la diligencia

de inventario, ya en la persona de sus representantes legales si no tienen capacidad para oírlos, ya personalmente si la adquirieron por la emancipación que ciertamente les habilita para darse por citados y asistir, si lo vieran conveniente, a la diligencia de inventario, e, incluso, para, no existiendo partidos, concurrir con los demás coherederos a la partición y distribución de la manera que tengan por conveniente; pero sin que la emancipación conlleve para el menor la pérdida de una situación favorable significada en este caso por la necesidad de la citación del párrafo 2.º del artículo 1.057. (Sentencia de 16 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte. Serena Velloso) en la que se acepta sobre el tema la doctrina más autorizada (Cfr. LACRUZ y SANCHÓ-REBULLIDA, *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 1971, p. 249).

(G. G. C.)

58. *Documento de partición de herencia. Nulidad parcial.*—El fallo al que se alude no acuerda ni decreta la nulidad total del convenio de partición, sino únicamente aquellos extremos que se refieren al contenido de la cláusula manipulada y sustituida por la venta que la sentencia declara nula por simulación, de acuerdo ello con la ya reiterada doctrina de esta Sala de la posibilidad y compatibilidad en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad parcial trascienda por fuerza a la totalidad del negocio según la naturaleza del mismo y la buena fe.

*Prescripción adquisitiva.*—Es inconsecuente intentar acreditar una prescripción, que supone y exige buena fe, sin haber destruido la terminante realidad de una pretendida adquisición y posesión obtenida torticeramente. (Sentencia de 21 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial, que confirma el fallo del Juez de Primera Instancia, no decreta la nulidad total del documento de inventario, división y adjudicación de bienes de la herencia, sino únicamente aquellos extremos que directa o indirectamente se refieren al contenido de la cláusula manipulada y sustituida por la venta, que se declara nula por simulación absoluta. No prospera el recurso de casación.

59. *Derecho foral aragonés. Usufructo del cónyuge viudo. Pérdida por vida licenciosa. Prueba.*—Declarada probada la situación de permanencia en un mismo lugar del marido con mujer a la que no venía vinculado más que por lazos de convivencia durante años, es lógica la deducción de una relación extramatrimonial generante de estado de amancebamiento, conforme a una presunción derivada de la aplicación de las reglas del criterio humano; hechos que no se desvirtúan por el acta notarial que a instancia del marido se dirigió a la esposa para que se incorporara al domicilio conyugal, ni por el certificado del padrón municipal, porque no cabe combatir en casación el juicio dado por la Sala en virtud del conjunto de las pruebas cuando se pretende impugnarlo por el resultado aislado de una sola de ellas; lo que conduce a tener por extinguido el usufructo viudal por aplicación del ar-

título 86-3.º de la Compilación aragonesa. (Sentencia de 23 de enero de 1984; no ha lugar.)

## II. DERECHO MERCANTIL

60. *Pago de intereses. No procede cuando se ha pagado el capital.*—A la vista de los artículos 1.110 C. c. y 318 C. com., según los cuales, recibida la cantidad en que consiste el capital de una deuda, sin que por el acreedor se haga reserva respecto de los intereses, queda extinguida la obligación del deudor en cuanto a éstos, por lo cual no es legalmente admisible la condena impuesta al demandado de pagar intereses por las cantidades satisfechas en el curso del procedimiento, máxime si tal entrega del capital hecha y recibida sin reserva ha sido seguida de la consignación de otra cantidad por el concepto de «los intereses reclamados hasta la fecha», igualmente recibida por la entidad acreedora sin objeción alguna. (Sentencia de 12 de marzo de 1984; *ha lugar.*)

61. *Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos. Caducidad. Falta de constancia en el Registro mercantil.*—En junta General extraordinaria se acordó modificar el artículo 21 de los Estatutos en el sentido de que la Junta General ordinaria tendría que reunirse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, en lugar de los cinco inicialmente estipulados, otorgándose escritura pública que no fue inscrita en el Registro Mercantil; tal acuerdo no ha sido impugnado habiendo transcurrido con notable exceso el plazo de caducidad de 40 días señalado en el artículo 68 de la Ley, a contar desde la data siguiente a su fecha, y no desde su conocimiento por el socio discrepante, debiendo añadirse que la falta de constancia tabular reviste significación únicamente en cuanto a tercero y no respecto a los socios.

*Acuerdo de reducción del capital social.*— El acuerdo de reducción del capital social vino impuesto por la situación financiera de la propia entidad, con una acumulación creciente de resultados negativos desde 1969, estando el patrimonio comprometido por deudas a corto, medio y largo plazo, cuyo saneamiento era imprescindible para la continuidad social; estando encaminada la operación de reducir el capital social a la necesidad de restablecer el equilibrio entre esa cifra contable y el patrimonio, el artículo 99 de la Ley la impone cuando las pérdidas rebasen la tercera parte de aquél y hubiere transcurrido un ejercicio sin haberse recuperado el patrimonio, como aconteció en el caso debatido; y como aparece en la Junta General al cierre del ejercicio de 1977, las pérdidas han llegado a superar el capital social más las reservas tácitas, lo que constituye propiamente un caso de disolución (art. 150, párr. 3).

*Irregularidades contables.*—Si bien la llevanza de la contabilidad no llevó con escrúpulo los requisitos intrínsecos legalmente exigibles, tales deficiencias materiales no son obstáculo a la verificación contable ni impidieron la censura de cuentas de la sociedad.



*Retribución de los consejeros.*—Aprobada una modificación de los Estatutos en el sentido de que la retribución de los miembros del Consejo de Administración no pueda exceder en su totalidad del 10 por 100 de los beneficios líquidos, es palmario que la Junta General Ordinaria actuó en oposición a esa regla estatutaria al aprobar unas cuentas en la que figuran pagos por los conceptos de «nómina» y «complementaria» a determinados Consejeros, a pesar de que la sociedad se hallaba inmersa en una crisis económica total. (Sentencia de 27 marzo 1984; ha lugar en parte.)

62. *Inexistencia de quiebra fraudulenta. Simulación de enajenaciones no probada. Alteración de la «quaestio iuris». Alcance del artículo 896 C. com.*—La sentencia juzga que la existencia de esas relaciones es un hecho que no constituye la simulación en que se pretende apoyar (aunque no descarta la apropiación por el Administrador en su personal beneficio) la calificación de la quiebra como fraudulenta (número 10 del artículo 890 del Código de comercio). La disposiciones sobre interpretación no son sino orientativas y de ahí que esta Sala venga sosteniendo que la interpretación pertenece a la soberanía del juzgador y escapa al control de casación, por regla general, debiendo estarse a la inteligencia de los hechos que haya alcanzado la Sala «a quo».

La Sindicatura de la quiebra produjo expresa renuncia del número 7 y se amparó en el 10 que ahora trae a este trámite de la casación. En efecto, siquiera esta Sala venga reiterando que las pretensiones se identifican por los hechos, que deben ser suministrados por las partes, sin que al juzgador le sea lícito basarse sobre otros hechos distintos de lo invocados por los litigantes, al par que disfruta de amplia libertad en referencia a la «quaestio iuris», no ha de llevarse esta distribución de funciones a extremo tal que se ponga en peligro la defensa de aquella parte a quien pudiera perjudicar el cambio del punto de vista jurídico, que es lo que acaecería en el caso litigioso.

Debiendo finalmente puntualizarse que la terminante declaración del artículo 896 del Código de comercio... no se extiende a prohibir que se persigan criminalmente hechos consistentes, según se tiene alegado, buscando para ellos un difícil acomodo legal, en haber un Administrador de la persona jurídica deudora utilizando los bienes pertenecientes a ésta como propios suyos, que es, en definitiva, lo que se denuncia. Conforme al artículo 896 antes recordado, aunque sin otra finalidad, por lo demás, que la de evitar una eventual duplicidad de procedimientos (sentencia de 30 de abril de 1959), ya que carece de carácter prejudicial o vinculante para la jurisdicción penal. (Sentencia de 4 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La cuestión se centra, tal como se expone en el último considerando, en la ausencia en los elencos cerrados de los artículos 888, 889 y 890 del C. com. del supuesto en cuestión: haber un Administrador de la persona jurídica deudora utilizando los bienes pertenecientes a ésta como suyos propios. Son obvias las razones por las que se renuncia a acogerse al núm. 7. Pero si el supuesto de hecho tenía difícil acomodo en tal apartado, tampoco es posible su subsunción en el núm. 10. La revelación de una interposición ficticia de persona lleva a descubrir al contratante oculto con todas las conse-

cuencias (FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, 1961), pero en absoluto implica que los actos realizados por la persona interpuesta sean simulados *per se*.

(L. R. A.)

63. *Contrato de transporte (Subcontrato). Cumplimiento parcial. Pago al subcontratista.*—Que, en todo caso, llámese o no subcontrato, lo en realidad existente, y con suficiente autonomía, es un contrato de transporte entre C. F. (recurrente) y S., por ésta, además, cumplido mientras su otro contratante o comitente mantuvo la disponibilidad de sus facultades contractuales pactadas con W., y era a aquélla, es decir, a C. F., en definitiva, a quien correspondía proporcionar la posibilidad a S. de continuar el transporte, cosa que, al frustrarse por las vicisitudes contractuales entre W. y C. F., no discutidas ni juzgadas, ajenas a S., no puede afectar a ésta, quien por tanto, al haber cumplido hasta donde pudo y se le permitió por la otra contratante (otra cosa es la relación de ésta con W.) ha de conservar el derecho que ejercitó para pedir el cumplimiento o pago de los portes. (Sentencia de 31 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—a) W. contrató con C. F. (luego demandada y hoy recurrente) el transporte de maquinaria desde S. hasta T., vía L.M.-Ch. b) A su vez, C. F. subcontrató el transporte con S. (actora, hoy recurrida), mediante pago en cada etapa, con abono del cien por cien a la entrega en destino. c) En el viaje y curso del transporte, situada la mercancía en CH., por causas no determinadas en el proceso, pero en cualquier caso ajenas a S., la contratante primera W. da por terminada su relación contractual con C. F., abonando a ésta los portes del trayecto recorrido. d) Conocida esta circunstancia, S., que había realizado dicho transporte hasta CH., reclama a C. F. los portes devengados. e) Extinguido el primer contrato, W. encarga el resto del transporte a S., que lo cumple.

(L. R. A.)

64. *Seguro de mercancía transportada. Mal estado de la mercancía en destino. Carga de la prueba.*—Que la impugnación que lleva a cabo el recurso se centra exclusivamente en dos puntos relativos al alcance del contrato de seguro y a la prueba de los hechos debatidos en relación con el mismo... en un caso del artículo 1.091 del Código civil y en el otro, del 1214 del propio Código, el segundo de los cuales de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, es insuficiente por sí sólo, para el fin, pretendido, habida cuenta el carácter genérico de la norma referente al «onus probandi» que contiene. Diciéndose en este caso que la cobertura del seguro comprendía la podredumbre de la mercancía por falta de frío ocasionada por la paralización de los aparatos frigoríficos, lo que afirma que aquí no sucedió; pero no es menos cierto que el término «paralización» no puede ser entendido en el sentido exclusivo de paro absoluto y total que se pretende, pues como precisó la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1984, en un caso similar, gramaticalmente significa también «impedimento, detención, entorpecimiento» en cuanto a función. Ni tampoco el hecho de que aún funcionando, no llegase el frío al espacio de la estiba, como en efecto sucedió en alguna de estas formas, pues según resulta de los dictámenes del Co-

misariado Marítimo, del informe pericial y del propio reconocimiento de la compañía aseguradora, la pérdida fue debida a «falta de frío». Respecto de la cual, no es admisible la conjetura de que se produjese antes de la travesía, porque por aplicación del artículo 1214 del Código, tendría que haberse probado, lo que ni siquiera se intentó, debiendo prevalecer, en su virtud, la ineludible presunción de que la mercancía se embarcó en perfectas condiciones, pues en otro caso no hubiera sido aceptada ni para el embarque, ni para el seguro. (Sentencia de 17 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Todos los argumentos del considerando están, en mi opinión, dirigidos a fundamentar una inversión en la carga de la prueba. Se plantea una cuestión de hecho no esclarecida: determinar las causas de la falta de frío en la mercancía. Ante tal laguna de reconocimiento (Alchourron y Bulygin, *Normative Systems*, 1971) se opta por establecer una presunción, que no es tanto la de que la mercancía se embarcó en perfectas condiciones, como la que los hechos que ocasionaron la falta de frío estaban incluidos en la cobertura del seguro. Así no es ya al asegurado a quien incumbe la prueba de la obligación de la que reclama el cumplimiento (pago de la indemnización), sino a la aseguradora la de su extinción en cuanto se opone. Tal inversión no parece justificarse tanto en base a argumentos técnico-jurídicos, como en una implícita valoración que hace el Tribunal de una de las partes contratantes en cuanto compañía de seguros.

(L. R. A.)

65. *Responsabilidad del capitán.*—No existe violación de los artículos 586 y 587 del Código de comercio, puesto que lo que establece, respectivamente, es la responsabilidad del propietario del buque y del naviero *de los actos del capitán* y de las obligaciones contradas por éste para habilitar y avituallar el buque, y sólo del naviero respecto de las indemnizaciones en favor del tercero a que diere lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque, lo que excluye la responsabilidad alegada del capitán.

*Indemnización, cuantía y distribución entre los responsables.*—La consiguiente distribución de la condena, asignando el total de ambos conceptos en forma conjunta y solidaria al naviero y al porteador, como directos responsables, y concretando la cantidad a que afectaba el seguro, cuyo concepto e importe no se duplica, pues según establece el artículo 780 del Código de comercio, pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que, con malicia o culpa causaren la pérdida de los objetos asegurados, lo que significa que la compañía aseguradora tiene derecho a reembolsarse de los responsables si no indemnizaron al asegurado—perjudicado o a reclamar a éste hasta la cuantía de lo pagado por seguro, si cobró indemnización por parte de los responsables del daño. (Sentencia de 13 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La argumentación del recurso gira en torno a tres puntos. El primero referente al hecho en sí productor del daño, si estaba o no cubierto por la póliza del seguro. El segundo a la responsabilidad que debe exigirse y forma de hacerlo. Por último, la cantidad en que debe de cifrarse la indemnización reparadora.

(F. Ll.)

66. *Accidente que afecta a la mercancía transportada. Afirmación hecha en juicio penal. Caso fortuito y fuerza mayor. Exoneración de responsabilidad.*—Con ocasión de esta Sentencia el Tribunal Supremo vuelve a insistir sobre la no vinculación de las sentencias penales para el Tribunal civil. Al tiempo reitera las diferencias existentes entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, al entender la Sala que en modo alguno puede exonerarse al porteador de unas mercancías de la obligación de indemnizar al propietario de éstas por su pérdida. Pues a pesar de que es un hecho incuestionable que el accidente tuvo su causa en una avería mecánica, no está probada la diligencia del conductor del camión y por ello el porteador deberá indemnizar al propietario de las mercancías perdidas, dado que por imperativo del artículo 361 del C. de com. la carga de la prueba es a aquél a quien incumbe. (Sentencia de 23 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(A. M. V.)

67. *Compraventa mercantil. Exclusión de la «actio quanti minoris».*—Está excluida la aplicación de la «actio quanti minoris», desde el momento en que ha transcurrido con exceso el plazo prevenido al respecto, puesto que, según previene el artículo 342 del Código de comercio, si en el contrato de compraventa mercantil el comprador que recibió las mercancías tiene a su favor el plazo máximo de treinta días para hacer reclamaciones frente al vendedor por los vicios internos de aquéllos, el transcurso de dicho período de tiempo origina la pérdida de toda acción y derecho a repetir por esta causa, al no estarse en presencia de vínculo contractual con pacto «displimentiae» o facultad de separarse del contrato «ad libitum», con reserva de agrado o «ad gustum».

*Vicios aparentes. Condición de perito de la entidad compradora.*—Es inviable la acción de saneamiento, toda vez que los aducidos defectos son manifiestos, y aun no reuniendo esta característica, los demandados compradores por razón de su oficio y profesión tienen el carácter de peritos, ya que la expresión «perito» a que se refiere el artículo 1.484 del Código civil hay que entenderla no en el sentido técnico de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales, lo que indudablemente es de apreciar en quien, como los compradores demandados, explota una empresa para la realización de productos con determinados materiales, puesto que la normal lógica impone que quien fabrica deba conocer las adecuadas calidades del material a emplear en la fabricación.

*Carácter complementario de los artículos 1.484 del Código civil y 345 del Código de comercio.*—Así se desprende de la interpretación dada por esta Sala al artículo 50 del Código de comercio.

*Plazo de ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos.*—Tal acción viene supeditada, por prevalencia de las específicas normas mercantiles, a los plazos en éstas fijadas. (Sentencia de 6 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró una compraventa de productos primarios de plástico. El comprador no abonó una parte importante del precio adeudado alegando la existencia de vicios en las mercancías adquiridas. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el vendedor. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia es concorde con la de 12 de marzo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 937-940) y con otras sentencias citadas en ésta, con la importante peculiaridad de que se precisa con claridad el significado de la condición de perito. La sentencia de 12 de marzo de 1982 rechazó, además, la posible compatibilidad de las acciones edilicias y de las generales de incumplimiento contractual. Sobre la cuestión véase MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, p. 585, con amplia información bibliográfica y jurisprudencial, y, en el Derecho francés, tiene un notable interés la monografía de GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, París, 1983.

(A. C. S.)

68. *Contrato de seguro. Comunicación tardía del siniestro a la compañía aseguradora. Negligencia del asegurado.*—El artículo 26, apartado letra a) de la póliza, establece terminantemente que «producido un siniestro cuyo riesgo se encuentre cubierto por la presente póliza, el contratante o los beneficiarios procederán a comunicarlo a la compañía en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la producción del accidente o desde que tuviese conocimiento del mismo», lo cual determina que, al no haberse cumplido lo dispuesto en este artículo, sin que ni siquiera se alegue causa que justifique el retraso, se produzca la imposibilidad del ejercicio de la acción entablada, ya que los perjuicios que se ocasionen al asegurado se deben a su despreocupación o descuido; ello le impide alegar violación por inaplicación del artículo 1.258 del Código civil, en relación con los artículos 80 y 81 de la Ley de 8 de octubre de 1980 reguladora del contrato de seguro (que no son de aplicar en atención a las fechas) y el 7, número 1 del propio Código, pues la buena fe a la que tan reiteradamente se alude, cuyo alcance es lógicamente interpretativa, no autoriza a la rectificación de los términos concretos del contrato, justo en beneficio del contratante que lo había incumplido. (Sentencia de 11 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de seguro que cubría los accidentes corporales. El asegurado sufrió un accidente que determinó un desprendimiento de la retina, a consecuencia del cual se produjo la pérdida total de visión del ojo izquierdo. El asegurado solicitó por carta a la compañía aseguradora la correspondientes indemnización, a lo que ésta se opuso alegando que la declaración del siniestro era extemporánea, ya que el mismo había de ser comunicado en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la producción del accidente o desde que tuviese conocimiento de éste, salvo causa de imposibilidad justificada. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda del asegurado. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia se fundamenta en la carga de información diligente que pesa sobre el asegurado, a que se refería el artículo 1.976 del Código civil y ahora la vigente Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (artículo 16) (cfr. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1983,

p. 505). En rigor, no hay un deber del asegurado, puesto que el asegurador carece de acción para exigir tal información. La información diligente del asegurado es más bien una premisa para el ejercicio de su propio derecho a ser indemnizado, puesto que si no informa lo que ocurre es que pierde su acción. En este sentido, Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, p. 364) califica el supuesto como carga y, en la doctrina alemana, se habla de *Obliegenheit* (cfr., Reiner SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, Karlsruhe, 1953, p. 198 ss.; ESSER-Eike SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1976, pp. 43-44).

Conviene destacar, sin embargo, que ha de producirse el siniestro. Nótese que, en el caso de la sentencia, la pérdida de la visión del ojo se produjo, tras varias intervenciones quirúrgicas, bastante tiempo después de haber tenido lugar el accidente, que, en principio, parecía que no revestía la gravedad que tuvo. La cuestión, por tanto, no es otra que la de precisar el momento a partir del cual ha de contarse el plazo de las cuarenta y ocho horas a que se alude en la póliza del seguro.

A. C. S.

69. *Contrato de transporte. Comparecencia ante la Junta de Detasas.*—Es doctrina de este Tribunal la de que como declaró la sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 1941, si bien los artículos primero y cuarto de la Ley de 8 de julio de 1932 (hoy reglas primera y cuarta de la Orden de 10 de enero de 1948) establecen que los usuarios y las empresas están obligados a comparecer como trámite previo al ejercicio de las acciones emanadas del contrato de transporte de ferrocarril (o por carretera, según el artículo primero del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1947) ante las Juntas de Detasas, y que los Tribunales no admitirían demandas de esa clase si no van acompañadas de la certificación de acta de dicha Junta que acredite que no hubo avenencia entre los litigantes, como ese mandato legal es de carácter formalista, análogo al acto de conciliación de los juicios declarativos, las consecuencias de su omisión deben ser las mismas que establece esta Ley en su artículo 462, preceptivo de que son válidas y eficaces las actuaciones que se practiquen sin dicha solemnidad, dado que lo contrario se opone al designio o razón de ser de ambos preceptos. (Sentencia de 28 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión fundamental que se plantea consiste en determinar si en las reclamaciones que tienen su origen en un contrato de transporte (accidente de un camión que transportaba la mercancía adquirida que determinó su pérdida total), debe procederse, como vía previa, a la reclamación ante la Junta de Detasas. La sentencia del Tribunal Supremo es concorde con la del Juez de Primera Instancia y la de la Audiencia Territorial.

70. *Defecto visible de calidad en la mercancía vendida.*—El motivo debe ser rechazado, ya que el artículo 336 del Código de comercio dispone que la acción de reclamación por defecto en la calidad de las mercancías ha de ejercitarse dentro del plazo de cuatro días siguientes al de su recibo, y cómo no se ejercitó dentro del plazo señalado en dicho precepto, es lógico concluir la inaplicabilidad al supuesto de autos del mecanismo resolutorio que contiene el apartado tercero del citado artículo. (Sentencia de 12 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de mármoles de diferentes tipos. Entregada la mercancía, el comprador remitió una cambial que fue devuelta y protestada por impago. Por este motivo el vendedor lo demandó. En la contestación a la demanda el comprador puso de relieve que los mármoles entregados eran defectuosos, por lo que, en virtud de reconvencción, solicitó la resolución del contrato por incumplimiento. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

71. *Contrato de construcción de buque. Naturaleza mercantil.*—Es indudable la naturaleza mercantil de tal contrato, naturaleza que subsiste aunque, como consecuencia de la casi total ausencia de regulación mercantil al respecto, deban aplicarse como supletorias las normas del Código civil relativas al contrato de arrendamiento de obras.

*Prescripción de la acción.*—La circunstancia de que se aplique supletoriamente el Código civil, no excluye la aplicación de las específicas normas sobre prescripción contenidas en el Código de comercio, y concretamente la prescripción de un año contenida en el artículo 952, 1.º, lo que imposibilita la aplicación a la *litis* del plazo que para las acciones personales establece el artículo 1.964 del Código civil. (Sentencia de 10 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se reclama una determinada cantidad por servicios y obras en los buques entregados. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la entidad demandada a pagar la cantidad solicitada. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y estimó la excepción de prescripción de la acción. No prospera el recurso de casación.

### III. DERECHO PROCESAL

72. *Acción declarativa de dominio. Naturaleza y finalidad. Calificación de la acción procesal. Acción declarativa de dominio.*—Dado que en nuestro ordenamiento procesal, no es necesaria la *editio actionis*, y por tanto, la acción no se califica por la denominación que le den las partes sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente formuladas, los organismos jurisdiccionales corresponderán a estos pedimentos prescindiendo de posibles errores en el *nomen iuris*, lo cual excluye que se tenga que dictar una decisión adversa al solicitante por un mero desacierto en la designación de la acción (SS. 3 de mayo de 1944, 26 de enero de 1945, 9 de abril de 1949, 22 de mayo de 1964 y 11 de mayo de 1965).

La acción declarativa de dominio es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su esencial naturaleza y su finalidad primordialmente declarativa, aunque nunca podrá traducirse en la reintegración posesoria dentro del mismo proceso (SS. 4 y 11 de junio de 1976). Por lo que nada se opone a que teniendo por esgrimida la acción declarativa, si

ésta no pretende la recuperación de la cosa poseída por el adversario en la misma litis (S. 9 de diciembre de 1961), sea compatible, desde luego con los pronunciamientos que disponen la cancelación del asiento en que se ampara el contrario (S. 31 de octubre de 1963).

*Documento auténtico (carencia de literosuficiencia). Prueba de dominio de fincas.*—La certificación del Servicio de Catastro Rústico no puede ser citada como documento auténtico, pues además de ser lacónica en sus datos, carece de literosuficiencia par evidenciar por su sola lectura la denunciada equivocación del juzgador y, sobre todo, no puede ser ignorada la doctrina legal de que la constancia en los libros catastrales no tiene eficacia en el orden civil para acreditar el dominio sobre las parcelas de que se trate. (Sentencias de 19 de octubre de 1954, 21 de noviembre de 1962 y 29 de septiembre de 1976) (Sentencia de 5 de diciembre de 1983; no ha lugar.) (E.M.S.-R.)

73. *Tercería de dominio. Interpretación de documentos. Extensión de la hipoteca. Inaplicabilidad de la Ley de Ventas a Plazo.*—Es criterio reiterado por esta Sala Sentenciadora, al interpretar el artículo 464 del C. c., que es imprescindible que quien reivindique bienes muebles los haya poseído para poder advenir la titularidad dominical necesaria para la acción que ejercita.

Así, y para corroborar que el recurrente nunca fue propietario de los bienes por él reivindicados, argumenta la Sentencia que extractamos, que el auto de adjudicación de una finca, no incluye también los bienes que en ella se hallen, bienes, que en todo caso, nunca le fueron entregados.

Como último aspecto a destacar señalaremos que, de nuevo, el Tribunal Supremo considera que no es oponible a terceros en las ventas de bienes muebles, el pacto de reserva de dominio no inscrito en el registro de reserva de dominio. (S. T. S. de 27 de marzo de 1984; no ha lugar.)

74. *Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. Legitimación del vendedor para ejercitar acción declarativa de dominio.*—La alegación del cambio de titularidad dominical no puede ser reputada maquinación fraudulenta porque, aun cuando se hubiera acreditado fehacientemente —cosa que no ha ocurrido— que en el momento de iniciarse la litis hubieran ya los actores transmitido el dominio de la finca a un tercero, en cualquier caso esta transmisión no impedía su interés legítimo en obtener la declaración de titularidad frente al demandado, hoy recurrente, a fin de obtener una pacífica situación jurídica que ofrecer a los nuevos titulares. (Sentencia de 22 de diciembre de 1983; no ha lugar a la revisión.)

NOTA.—Observa DOVAL DE MATEO, *La revisión civil* (Barcelona, 1979), p. 237, nota 80, que esta causa o motivo de revisión es la que se alega más frecuentemente, quizá por su genérica formulación; ha de ser procesal y no sustantiva y la maquinación debe haber logrado que la sentencia se dictase injustamente, lo que en el presente caso se niega por el T. S. Nada que oponer a la doctrina sentada que reconoce el interés del vendedor para ejercitar una acción declarativa, lo que puede completarse recordando la validez, en principio, de la venta de cosa ajena.

(G. G. C.)



75. *Reclamación de cantidad. Prueba documental. Asientos y papeles privados del artículo 1.228 C. C.*—El artículo 1.228 C. c., que atribuye a los asientos, registros y papeles privados valor probatorio contra el que los ha escrito, se refiere a documentos autógrafos de procedencia unilateral, es decir, a aquellos en los que la otra parte a que se refieren no ha tenido intervención alguna en su formación, supuesto que no es el de la litis en que se trata de notas de pedido o notas de entrega de mercancías debidamente firmadas en prueba de conformidad por alguno de los demandados.

*Legitimación para recurrir.*—Exige la existencia de un perjuicio o gravamen que produce la resolución impugnada y que el recurso trata de combatir.

«*Reformatio in peius*».—Por infringir la prohibición de la *reformatio in peius* no puede estimarse un recurso que agravaría la responsabilidad de la parte que no recurrió en casación.

*Interpretación de los negocios jurídicos. Solidaridad de las obligaciones.*—La interpretación de los negocios jurídicos es facultad atribuida a los Tribunales de instancia cuyo criterio debe ser mantenido en casación, salvo que sea manifiestamente equivocado, lo que no cabe apreciar en el caso de la litis cuando en ambas instancias se afirma el carácter solidario de la obligación con base en unos presupuestos de hecho que racionalmente les llevan a dicha conclusión. (Sentencia de 12 de marzo de 1984; no ha lugar.)

76. *Tercería. Reivindicación de muebles. Artículo 464 C. C. Buena fe.*—La equivalencia que establece el artículo 464 C. c. entre la posesión de bienes muebles y el título, es decir, la atribución dominical del poseedor, es siempre y de modo imprescindible con el presupuesto de su buena fe, de tal modo que si ésta no existe o bien se prueba la situación (objetiva o subjetiva) contraria, o sea la mala fe, no puede aquel poseedor alegar titularidad dominical ni oponerla como excepción al que reivindica y prueba esa mala fe, y en el caso de la tercería de dominio, tampoco servirle para evitar el embargo judicial practicado sobre las cosas, puesto que la titularidad dominical pertenece al presunto o ficticio transferente deudor ejecutado, y no al pretendido poseedor o poseedores, ambos protagonistas de la confabulación constitutiva de la mala fe, enervante del título que ahora se alega tardíamente, pues no fue propuesto en las instancias.

*Prueba de presunciones. Impugnación en casación.*—Lo decisivo para calificar la prueba de presunciones de correcta o incorrecta en casación, es la razonabilidad o verosimilitud de la misma, o, en sentido contrario, la de que la consecuencia obtenida no sea ilógica, irrazonable y absurda, pues en tanto que no sea hay que mantenerla frente a la más parcial o interesada de la parte; y claro es que esas notas negativas no pueden predicarse de la presunción judicial que se combate, por ser altamente significativos los hechos básicos de que se parte y la finalidad perseguida, deducida también ésta de la experiencia cotidiana como hecho notorio de conocimiento y experiencia judicial.

*Confabulación entre ejecutado y tercerista.*—Para denegar el alzamiento del embargo de los bienes muebles, pretendido con la acción de tercería,

la sentencia recurrida se basa en que los terceristas no prueban el dominio sobre los bienes y, lo que es más importante, en que existió una confabulación entre el ejecutado (titular del local de negocio) y los después terceristas, para dejar sin valor el embargo realizado, mediante la entrada de éstos como arrendatarios simulados y poseedores o dueños de los efectos y cosas (máquina registradora, cinco sillones, ventilador, espejos, estanterías metálicas y de madera, existencias de calzado, etc.), que fueron los sujetos a traba por la acción de la sociedad vendedora del negocio a dicho ejecutado, deudor de la casi totalidad de su precio; infiriendo la confabulación del hecho de la convivencia domiciliaria de uno de los terceristas con el ejecutado presunto arrendador, aparte de los significativos datos de las fechas del contrato de arriendo y de la del alta del tercerista en la licencia fiscal, posteriores ambas a la notificación de la sentencia de remate. (Sentencia de 26 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda de tercería fue rechazada en ambas instancias y la resolución del recurso no ofrecía muchas dudas. Se trata de la creación fraudulenta de un título que sirviera de base a la tercería de dominio. Hasta cierto punto, la maquinación puede calificarse de burda. La doctrina que se sienta sobre el artículo 464 C. c., en cuanto a la exigencia de buena fe, es la clásica y nada añade a los puntos más controvertidos. A señalar por último la velada referencia a «la convivencia domiciliaria de uno de los terceristas con el ejecutado», frase en la que es posible ver la existencia de una relación concubinaría, o «paramatrimonial» como ahora se prefiere calificar, quizá para no suscitar suspicacias por trato discriminatorio respecto al matrimonio.

(G. G. C.)

77. *Cosa juzgada. Alcance. Procedimiento del artículo 41 L. H.*—Ni siquiera en los supuestos en que actúa la cosa juzgada material queda el Juez que conoce del segundo procedimiento vinculado por la apreciación que de la prueba se realizase en el primer juicio, con mayor razón quedará desvinculado en los supuestos en los que la propia ley excluye la producción de tal efecto y deja a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión, actuando el juzgador en el juicio declarativo posterior con entera libertad en la apreciación de las pruebas, tanto de las que tuvieron lugar en aquel proceso especial y se trajeron por testimonio a éste, como de las nuevamente practicadas.

*Error de hecho.*—La sentencia dictada en un procedimiento del artículo 41 L. H. no tiene el carácter de documento auténtico a los efectos de probar el error de hecho, debiendo advertirse que el juzgador de instancia no ha negado la fuerza probatoria de tal documento en cuanto expedido por funcionario con fe pública, sino que sometiendo su contenido a las reglas valorativas consiguientes ha sacado de tal contenido las conclusiones fácticas que ha estimado procedente, sin que se cite como infringido ningún precepto legal.

*Inexistencia de contrato. Violación de reglas interpretativas.*—No estamos en presencia de documentos en los que se contenga un contrato cuyas cláusulas deban interpretarse para, a través de ellas, indagar el verdadero sentido

y alcance de las declaraciones de voluntad en él contenidas, sino ante un supuesto en el que lo discutido es la existencia o inexistencia de tal negocio jurídico, por lo que no puede invocarse el artículo 1.281 C. c.

*Usucapión. Ausencia de requisitos.*—Aunque es cierto que la buena fe se presume siempre, y es al que afirma la mala fe del poseedor al que corresponde la prueba, no puede desconocerse que el juzgador de instancia la prescripción no sólo por ausencia de dicho requisito, sino por la no concurrencia del justo título y de la posesión ininterrumpida, por lo que la buena fe, aparte de ser por sí sola insuficiente para justificar el dominio, carecera de objeto al que referirla al negarse la posesión.

*Motivación de la condena en costas. Artículo 120.3 Constitución.*—La sentencia de instancia aprecia la temeridad de la sociedad recurrente a efectos de la imposición de costas causadas en la alzada, y esta condena es impugnada por entender que viola el artículo 120.3 C. E., que dispone que «las sentencias serán siempre motivadas»; y aunque es cierto que la motivación es una exigencia formal de las resoluciones judiciales de tal naturaleza, no sólo por imponerla dicha Ley Fundamental, sino también por imperativo del artículo 372 L.e.c., en cuanto todo pronunciamiento debe expresar las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, no es menos cierto que la parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación siempre que —como en el presente caso ocurre— de los considerandos de la sentencia impugnada se desprendan los supuestos de hecho que sirvan para calificar de temeraria la conducta del apelante al recurrir de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y ello con independencia de si dicha calificación es o no correcta, pues tal cuestión no ha sido planteada. (Sentencia de 10 de abril de 1984; no ha lugar.)

78. *Documento privado. Fotocopia averada y reconocida.*—La sentencia impugnada cometió el error de derecho que se acusa e infringió el artículo 1.225 del Código civil, en cuanto a su substantividad y en lo que respecta a la eficacia probatoria del escrito así reconocido, independientemente de tratarse de original o de fotocopia, que tendrán el mismo valor convenientemente averadas y reconocidas, como ya dijo la sentencia de 30 de marzo de 1982.

*Preceptos fiscales.*—No pueden fundar un recurso de esta clase. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; ha lugar.)

**Suscripción anual: España, 4.900 pesetas**  
**Extranjero, 5.700 pesetas**  
**Número suelto: España, 1.600 pesetas**  
**Extranjero, 2.000 pesetas**