

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVIII
FASCICULO IV

OCTUBRE-DICIEMBRE
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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

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

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: <i>La naturaleza de la legítima</i>	849
JORGE CAFFARENA LAPORTA: <i>El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas</i>	909
JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO: <i>El legado de deuda</i>	941
ALBERTO MANZANARES SECADAS: <i>La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo</i>	979

Estudios de derecho extranjero

HANS-LEO WEYERS y DIRK LANGNER: <i>Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1984</i>	1011
---	------

Información Legislativa

A cargo de Pedro Elizalde Aymerich	1021
--	------

Nota Crítica

- Derecho Canónico y Misión del Derecho*, por Luis-Humberto Clavería
Gosálbez 1043

Bibliografía

- Libros 1057

E. CALO y T. A. CORDA: *La multipropiedad. Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—FÉLIX LÓPEZ, Antón: *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, por Fernando Oleo Banet.—GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel: *El legado de cosa ajena (Estudio sobre las disposiciones «mortis causa» a título singular en el Código civil)*, por Teodora F. Torres.—LLEONART Y AMSELEM, Alberto J.: *España y O.N.U. III (1948-49). La «cuestión española». Estudios introductivos y Corpus Documental*, por José Bonet Correa.—PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, por José Bonet Correa.—VILLA ROBLEDO, María José: *El matrimonio condicional*, por Alberto de la Hera.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- A cargo de Antonio Pau Pedrón 1075

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**I. SENTENCIAS COMENTADAS:**

- La revisión de la renta arrendaticia urbana mediante el pacto de su elevación en función de la variación de los índices ponderados del coste de la vida*, por José Bonet Correa 1081

- II. SENTENCIAS** 1087

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 IV

OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXXV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La naturaleza de la legítima (*)

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

SUMARIO: I. Introducción: estado de la doctrina.—II. El argumento histórico: la naturaleza de la legítima en el Derecho anterior al Código civil: A) El argumento histórico según la tesis romanista. B) Peculiaridades del sistema castellano. C) La opinión de los codificadores.—III. El llamamiento forzoso a la herencia según el Código civil.—IV. ¿Cómo se integra el llamamiento forzoso en la dicotomía sucesión testamentaria-sucesión legítima o abintestato?—V. El carácter que de heredero tienen los herederos forzosos: A) Indicaciones generales: 1. Consecuencias no patrimoniales. 2. Consecuencias patrimoniales. B) Los distintos ámbitos de bienes que se consideran hereditarios a efectos de las legítimas. La responsabilidad de los legitimarios por las deudas del causante. C) Compatibilidad del artículo 818 C. c. con el carácter de heredero del legitimario. D) Compatibilidad del carácter de heredero con el hecho de que el contenido de la legítima pueda resultar enteramente cubierto con la imputación de donaciones o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones. VI. El carácter de heredero como clave para conocer el régimen de la sucesión del legitimario.—VII. El carácter de heredero forzoso como clave para conocer, en particular, el sistema de acciones protectoras de la legítima: A) Indicación general. B) El sistema de acciones que protegen al heredero forzoso: 1. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos. 2. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste.—VIII. El carácter de heredero forzoso como clave para conocer, en particular, la posición del legitimario en el régimen de la partición: A) Indicación general. B) Facultades del testador en relación con la liquidación y partición. C) El principio de partición *in natura* guardando la posible igualdad y las facultades del causante para asignar a alguno cosas determinadas. D) Las facultades del testador para disponer, no obstante las legítimas, de bienes hereditarios concretos por vía de legado o de mejora. E) Las facultades del testador para, en condiciones muy determinadas, asignar por vía particional, y no obstante las legítimas, bienes hereditarios concretos a alguno de los herederos: 1. La adjudicación a un hijo de la

(*) Hemos expuesto algunas de las ideas más fundamentales del presente trabajo, muy sintéticamente, en la ponencia presentada el 21 de noviembre de 1985 en el programa de Ponencias-Coloquio para el curso 1985-86 del Convenio de Colaboración entre la Audiencia Territorial de Madrid y la Universidad Complutense.

explotación familiar. 2. Adjudicación de los bienes conforme a lo previsto en los artículos 841 y ss. C. c. F) Referencia a las garantías de los herederos forzados.—IX. Referencia a la naturaleza especial de la legítima del cónyuge viudo.

I. INTRODUCCION

Estado de la doctrina

La tesis fundamental contenida en el presente trabajo es que los legitimarios son herederos. Es ésta una tesis que siempre ha tenido autorizados valedores (hoy, Fuenmayor, García Valdecasas, Santos Briz, Espinar, Menéndez-Valdés, Ortega Pardo) y permanece viva en la jurisprudencia. Pero ha sido combatida por numerosos e ilustres juristas. En el combate han destacado dos grandes juristas catalanes de autoridad indiscutida y máxima en toda España: Roca Sastre (1), primero en el tiempo (2), y Vallet de Goytisolo, que ha dedicado a la cuestión profundos y brillantes trabajos (3) en los que resalta su excepcional erudición (4) y su fino y minucioso estudio analítico de la compleja realidad práctica. Uno y otro niegan que el legitimario tenga la cualidad de heredero por llamamiento directo y forzoso de la Ley. Esta es también la tesis que en sus Manuales propugnan Albaladejo, Díez Picazo y Gullón, Lacruz, Puig Brutau y también la de otros grandes juristas, como De la Cámara. Aparte de esta coincidencia fundamental en negar al legitimario la condición de «heredero forzoso», unos y otros autores difieren en cuanto a la exacta catalogación de los derechos del legitimario y en cuanto a las diversas cuestiones que

(1) No fue justo el reproche de «intento foralizador» que en su día se hizo a Roca Sastre (cf., por ej., GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios jurídicos de arte menor*: II, Pamplona, 1964, pág. 264). Se trata, es cierto, de una posición que, consecuente con la singular preparación romanista de los que la propugnan, aproxima el sistema castellano al sistema del Derecho común. Mas es un intento que reproduce el que, en otro momento, realizaron, en su generalidad, los juristas castellanos de la época clásica: también ellos pretendieron explicar el peculiar sistema castellano con las ideas cardinales del Derecho común, el cual sirvió de trasfondo —directamente o a través de las Partidas y de la influencia de las Escuelas— a los sistemas sucesorios de España.

(2) ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, R.D.P., 1944, págs. 185 y sigs.

(3) Principalmente: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955; *Estudios de Derecho Sucesorio* (seis tomos, Madrid, 1980-1983); *Las legítimas*, Madrid 1974; *Comentarios al Código Civil*, EDERSA, tomo XI, Jaén, 1978; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1982; *La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981 y Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981*, An. Real Ac. de J. y L., n. 11, Madrid, 1983.

(4) ¿Quién hay en España, o en el mundo, que conozca mejor que Vallet el sistema sucesorio del Derecho común y las opiniones sobre él de glosadores, postglosadores y clásicos españoles?

plantea el régimen de la legítima (5). Como reconozco la enorme valía de todos ellos, no puedo por menos de sentir un gran temor al exponer ahora posiciones que tan radicalmente disienten de las posiciones negativas por ellos expuestas.

II. EL ARGUMENTO HISTORICO: LA NATURALEZA DE LA LEGITIMA EN EL DERECHO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL

A) *El argumento histórico según la tesis romanista.*—En contra de que el legitimario en nuestro Código civil sea realmente heredero se ha esgrimido, en primer lugar, el argumento histórico. «Tanto del Derecho que el Código debió recoger, según la Ley de Bases (Bases 1, 15 y 16) como de sus precedentes como expresa García Goyena..., resulta —se dice— (6) la filiación romana del sistema legitimario es

(5) Para Roca Sastre, no hay un llamamiento directo (*pars reservata*) en favor de los legitimarios, sino un deber legal (*pars debita*) de disponer (*facere*), (cf. artículo 763) de un valor patrimonial en favor de los mismos. En sí, la legítima no es una *pars hereditatis*; el legitimario tiene un derecho, incluso de carácter real, a una *pars valoris bonorum*, que recae sobre los propios bienes hereditarios. Viene a ser un derecho real de realización de valor como la hipoteca, pero no tiene —a diferencia de la hipoteca— carácter accesorio, sino carácter principal, como la *Grundschuld* del Derecho hipotecario alemán. Esta *pars valoris* debe ser satisfecha, en general (a salvo los supuestos de excepción: arts. 1.056-II y antiguo artículo 840 C. c.), *en substancia*, es decir, en los propios bienes hereditarios, según las reglas de la división de la herencia.

Según Vallet, la Ley no dispone directamente del contenido de la legítima, sino que determina la existencia de un deber del causante de satisfacer la legítima por vía de institución o por cualquier otro título. Este deber está reforzado y asegurado con una limitación de las facultades dispositivas del causante y está sancionado con un conjunto de normas diversas que aseguran la adquisición de derechos por el legitimario como consecuencia de las invalidaciones (anulaciones, rescisiones), las cuales dejan paso, en todo o en parte, a su derecho en la sucesión abintestato, o bien producen la purificación de las limitaciones de la disposición testamentaria ordenada en favor del legitimario. No hay una delación hereditaria legal forzosa sobre una parte del patrimonio del causante; por el contrario, el causante puede disponer de *todos* sus bienes, si bien debe efectuarlo en la forma y con las limitaciones que el Código establece en materia de legítimas (cf. art. 763 C. c.). El contenido normal de la legítima es una *pars bonorum* —no una *pars hereditatis* (el legitimario, como tal, no sucede en las deudas)—. En cantidad y calidad le corresponde como a cualquier heredero. Pero el testador puede satisfacer la legítima con cualquier bien hereditario. En tanto la legítima no sea satisfecha, la relación heredero-legitimario es de comunidad y también el legitimario tiene la acción *familiae eriscundae*.

Para otras posiciones y, en general, sobre el estado de la doctrina en relación con la cuestión de la naturaleza de la legítima, LACRUZ, *Elementos*, V, Barcelona, 1981, págs. 423 y sigs.; VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 180 y sigs., nota 5, y II, págs. 739 y sigs.; Com., art. 806, págs. 7 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS (Guillermo), *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, R.D.P., 1963, págs. 962 y sigs.; ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, págs. 297 y sigs.; ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, A.D.C., págs. 336 y sigs.; SUÁREZ SÁNHEZ VENTURA, *Naturaleza de la legítima y pago en metálico*, La Ley, 11 y 12 de octubre de 1984.

(6) VALLET, Com., art. 806, pág. 9.

pañol». «Los autores explicaron esta institución sobre la base de los textos del *Corpus juris* y de las Partidas... El Derecho visigótico, evolutivamente fue el regulador de la *medida*. El Derecho romano, en su fase justinianea, explicó su *naturaleza*» (7). «Aun cuando antes del Código civil, en el Derecho común y en el Derecho real de Castilla el legitimario debía ser instituido heredero, sin embargo, su legítima aislada de la institución era una *pars bonorum* que podía serle satisfecha en una *institutio ex re certa*, una institución en la dote, o un legado si el legitimario lo aceptaba, e igualmente que el suplemento tampoco consistía en un *pars hereditatis*, sino en una *pars bonorum*» (8).

B) *Peculiaridades del sistema castellano.*—Yo creo, por el contrario, que los antecedentes no ofrecen suficiente fundamento histórico a la que podríamos llamar tesis romanista. El sistema legitimario castellano formaba parte del núcleo del Derecho autóctono con peculiaridades irreductibles frente al Derecho común. Lo que ocurrió es que nuestros autores clásicos estaban enormemente influidos por el romanismo de la época, sin duda por consecuencia de que «en las Universidades —como exponía el profesor De Castro (9)— se continuaba enseñando sólo el Derecho romano y el canónico». Por eso tenían tendencia a explicar siempre todas las instituciones, incluso las más genuinas del Derecho castellano, incluso el régimen económico matrimonial, sobre el sistema romano, el del *Corpus Juris* (10) y las Partidas. Pero nuestros mismos autores clásicos eran conscientes de las peculiaridades del sistema legitimario castellano, confirmado por las Leyes de Toro. Estas peculiaridades, como veremos seguidamente, no se limitaban a la *medida* de la legítima. Veámoslas:

1. En el sistema romano, en el del Derecho común, la regla es *la libertad de testar*, si bien se establecen en favor de los legitimarios un conjunto de frenos y limitaciones que les asegura una porción de bienes.

En el sistema castellano, por el contrario, se recoge la tradición germánica de la *primacía de la sucesión legal* (11). Los hijos son he-

(7) VALLET, *Com.*, art. 806, pág. 16

(8) VALLET, *Las legítimas*, I, pág. 186

(9) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid 1955, pág. 166.

(10) El Derecho romano, en general, tuvo, de hecho, una gran fuerza en la práctica notarial y judicial castellana. Incluso se llegó a considerar como Derecho supletorio o complementario. Pero fue doctrina común que el Derecho romano no tuvo fuerza de Ley y se invocaba «rationis auctoritate». Cf. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, pág. 167. YÁÑEZ DE PARLAZOIRO, *Opera jurídica*, Coloniae Allobrogum, 1734, *Quotidianorum*, Dif. VI, n. 3, pág. 210.

(11) En la Alta Edad Media, el concepto de *successio* «sólo abarca lo que nosotros calificamos de sucesión legítima», de modo que la sucesión testamentaria «no supone en rigor una sucesión» (GARCÍA GALLO, *Problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española*, Conf. 31 de mayo 1955, A.A.M.N. t. X, pág. 257). «La muerte del padre no supone una transmisión de bienes —por referirnos sólo al aspecto patrimonial— sino que los restantes miembros de la familia entran en el ejercicio activo de los derechos que en potencia tenían

rederos por ser hijos (cfr. F.R. 3,6, 2). Además: «Todo el patrimonio es legítima». Nuestros autores clásicos insisten en esta idea total de la legítima y en que no son las Partidas las que rigen en primer lugar sino el sistema castellano tradicional recogido en el Fuero Real (12) y aclarado y confirmado, respecto de los descendientes, en la Ley 28 de Toro: «*Totum patrimonium patris*» o «*omnia bona*» «excepta quinta parte sint legitima filiorum» (13). Respecto de los ascendientes legítimos, la Ley 6.^a de Toro dice que «sucedan ex testamento (14) et abintestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son descendientes a ellos *en todos sus bienes* de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que ayen derecho de los heredar; pero bien permitimos que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer... etc.».

Así, pues, y a diferencia del sistema romano, es la libertad de testar la que se concibe como excepcional: sólo existe, por excepción, sobre cierta parte del patrimonio.

2.—En el sistema romano, la institución de heredero era el *caput et fundamentum totius testamenti* (Gayo, II, 229). Y habiendo *legitimos* éstos *habían de ser instituidos*, pues, en otro caso, procedería el *jus dicendi nullum* (por la preterición sufrida).

En el sistema castellano, en que la sucesión normal era tradicionalmente la sucesión legal, el contenido típico del testamento era, en toda nuestra Edad Media, las mandas, ordinariamente de carácter singular (15). Desde el Derecho visigótico nunca fue necesaria la institución de heredero (16). Por eso cuando el Ordenamiento de Alcalá pone en vigor las Partidas, se cuida de precisar que para la validez del testamento, no se requiere la institución de heredero (Cf. Ordenamiento de Alcalá, tít. 19, L. única).

Existiendo descendientes, el interés práctico del testamento estaba, pues, no en constituir la fuente de la sucesión universal, sino simplemente en que en él podían hacerse las mandas sobre el quinto (como

sobre los mismos. Esto es lo que se expresa con la palabra *successio*: la subrogación en el lugar del padre. Es decir, *algo que no se da cuando por testamento los bienes se transmiten a un extraño*. Por eso de la adquisición *ex testamento* se diferencia la que tiene lugar *per successionem*» (GARCÍA GALLO, pág. 258).

(12) Cf. F. R. 3,5,10; 3,6,1; 3,6,3; 3,12,7; 4,22,1. También, Estilo, 214, y Fuero Juzgo, 4,5,1.

(13) Estas expresiones constituyen un lugar común en la doctrina de nuestros clásicos: cf., p. ej., A. GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii*, Lugduni, 1701, I, cap. X, n. 22 (pág. 166); *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni, 1701, Ley 17, núm. 1 (pág. 103).

(14) Es decir, *contra testamento*: cf., más adelante, nota 71 y texto *supra* correspondiente.

(15) Las «mandas» son las disposiciones *mortis causa* o de última voluntad. Pero el carácter singular que la manda suele tener en esta época, explica que cuando con la Recepção vuelva a divulgarse el testamento a la romana, con sus disposiciones sobre todo el patrimonio, la manda se identifique con el legado (GARCÍA GALLO, pág. 269, citando a Paulo Mereia).

(16) Cf. en este sentido MERÉA, *Estudos de Direito Privado visigotico*, A.H.D.E., XVI, Separata, pág. 25. DE ARVIZU, *La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.

quisiera el testador, aunque al principio fueran en favor del alma) (17) y las disposiciones sobre mejora de tercio y quinto que ordinariamente se hacían a título singular.

Cabía por consiguiente en Castilla, y a diferencia del Derecho romano, un testamento enteramente válido *en que no se instituyera como heredero* a algún legitimario. Aunque la cuestión fue discutida, se inclinaron por esta solución un gran número de nuestros autores clásicos, sobre todo para el supuesto de que en el testamento ningún otro —legitimario o extraño— fuera instituido (18).

Además, conforme a la Ley 24 de Toro, la preterición o la desheredación no implicaban la nulidad de todo el testamento (19). Según la doctrina, también en Derecho común aunque resultara ineficaz la institución podían seguir valiendo mandas y fideicomisos, si bien ello se discutía para determinadas hipótesis (20). En todo caso, la Ley 24 venía a agregar que valían las mejoras de tercio y quinto, sobre las cuales —a falta de tal ley— podría dudarse si persistían o no puesto que podría haberse entendido que caían como disposiciones que afectan a la herencia, ya que el mejorado, como tal, es considerado como heredero y está obligado, a prorrata, como el verdadero heredero, respecto de todas las deudas del difunto (21). Haya o no preterición, el legitimario puede, pues, hacer prevalecer los derechos que le otorga la Ley frente a las disposiciones del testador (mandas, fideicomisos y mejoras).

De todo lo expuesto parece resultar que si en Derecho castellano los legitimarios recibían el nombre de herederos forzados *no era ya porque hubiere obligación de instituirles herederos*, obligación que no existía según la opinión de muchos, sino porque su título de heredero y sus derechos arrancaban de la Ley y prevalecían incluso habiendo

(17) En la Alta Edad Media, los extraños, beneficiarios de la cuota de libre disposición, no eran herederos: DE ARVIZU, *La disposición...*, pág. 246. Y esta tradición se continuó siempre en la práctica, cf. BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 3.^a edic., págs. 447 y 511.

(18) Amplia referencia de las posiciones doctrinales en YÁÑEZ DE PARLADÓRIO, Dif. 148, n. 27 y sigs. (págs. 390 y sigs.). También MATIENZO, *Commentaria*, Mantua Carp., 1.580), 5,4,1, gl. 10, ns. 49 y sigs. (págs. 389 y sigs.).

Según CEVALLOS (*Practicarum et variarum quaestionum communium contra communes*, Toleti, 1599, Quaest. 23), por Derecho Real no es necesario que la legítima sea dejada por institución de heredero.

Sobre estas cuestiones véase, también, VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 571 y sig.

(19) Habiendo preterición, procedía anular la institución de heredero, pero valdrá el resto del testamento. El hijo preterido, o el desheredado por justa causa que no fuere probada, «es legítimo contradictor por su legítima, y parte para impedir al heredero la posesión de la herencia, y así sin embargo, como él ha de ser metido en ella y se le ha de dar»: HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Madrid 1747, II, § 27, n. 7 (pág. 172).

(20) Sobre la cuestión, por ejemplo: GREGORIO LÓPEZ (*Código de las Siete Partidas*, Los Códigos de España, tomos 2.^o a 5.^o, Madrid 1848, 1849), P. 6,8,7, gl. 7; A. GÓMEZ, Toro, 24; BENITO GUTIÉRREZ, III, 2.^a edic., págs. 428 y ss.

(21) Cf. A. GÓMEZ, Toro, 24, núm. 3, págs. 139 y sig.

testamento (*ex testamento et abintestato*) y aunque en él se hubiera dispuesto de la totalidad de los bienes (22).

3.—En el sistema romano, la porción legítima se concibe como *pars bonorum*, como parte en lo que queda después de pagar las deudas del difunto. No hay, pues, legítima, sino en el residuo. Los legítimos estaban afectados por las deudas del causante; pero no sucedían en las deudas, ni respondían, por tanto, directamente frente a los acreedores del causante. No era la legítima una *pars hereditatis*.

¿Respondían los legítimos —en el sistema castellano— de las deudas del causante? ¿Era la legítima una *pars hereditatis* o una *pars bonorum*?

La sucesión legal conforme a la tradición germánica significaba, también, sucesión en la responsabilidad por las deudas del causante. No puede descartarse que la idea primitiva germánica fuera, incluso, que los hijos respondieran *ultra vires* de las deudas del padre (23). Pero

(22) Se define la legítima *necessaria* o *contra la voluntad del padre* como aquella «que por igual corresponde a cada hijo en los bienes que restan, una vez extraídos el tercio y el quinto»; LARREA, *Novarum decisionum*, Lugduni, 1721, pág. 307 (recogiendo la definición de Angulo).

(23) Lo que se entroncaría con el alcance familiar de la responsabilidad por los delitos en relación con la concepción primitiva de la obligación. Según FADDA (*Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, dos vols., Milano 1949, pág. 27), en el Derecho germánico la responsabilidad por delito alcanza «en primera o segunda línea a otras personas».

Pero realmente es cuestión discutida entre los historiadores si en Derecho germánico se partió o no, inicialmente, de la responsabilidad de los hijos, incluso *ultra vires*, por las deudas del padre difunto. Según FADDA (*loc. cit.*), en la Ley Ripuaria «se encuentra afirmado el principio de que los sucesores legítimos responden ilimitadamente por las deudas hereditarias». En el Edicto de Lotario se «renuncia el principio —informa GIARDINO, *Successione (Diritto intermedio)*, Novíssimo Digesto, n. 2, pág. 731— de que los hijos deben cumplir lo que el padre ha prometido solemnemente... incluso si la suma de los bienes hereditarios es inferior a la de las deudas». Más adelante, la Costumbre de París va a partir del principio de la responsabilidad *ultra vires* y sólo muy tardíamente (en el año 1580), y con fuertes restricciones, se va a admitir en ella el beneficio de inventario (cf. Riper-Boulanger, *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, IV, París, 1959, n. 2424).

También en España nos encontramos manifestaciones de estas ideas. Sobre cómo vincula el vasallaje o la servidumbre a los hijos, cf., para el Derecho español, F.J. 5,3,1 (sobre lo que se ha de devolver por el vasallaje roto) y F.J. 5,7,20 (pena para los hijos de los *franqueados*, que desamparan a sus señores). Señala MARTÍNEZ GUJÓN (*La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, A.H.D.E., Madrid, 1957-1958, pág. 251) —sin pretender caracterizar con este dato el sistema sucesorio— que en el grupo de Fueros Cuenca-Teruel «es frecuente encontrar un precepto (*en el que se*) establece que los hijos responderán de las deudas del padre aunque el muerto nada tenga». En el Fuero Viejo de Castilla parece partirse, también, de la responsabilidad *ultra vires*, puesto que se señalan como excepciones los supuestos en que los hijos no responden con sus bienes: 1.) Si el padre deudor, estando enfermo por más de veinte días, fue demandado, pues, entonces, los hijos pueden «deseredarse después de la muerte de este ome, e non responder a los debidores, pues gelo quisieron demandar a suo Padre yaciendo tanto tiempo enfermo» (F. Viejo, 3,4,8); 2.) Si hicieron declaración solemne «en concilio pregonado» de que lo que el padre y la madre dejan no basta para pagar

en nuestros textos termina por prevalecer la idea de que muerto el padre, los hijos van a responder de las deudas de aquél, sólo en la calidad de meros titulares del patrimonio (el patrimonio hereditario) a que las deudas afectan, es decir, *intra vires* (24). En nuestra doctrina se piensa, sin hacer excepción con los que son herederos por la Ley, que el que los herederos respondan, o no, *ultra vires* depende, como era general entender en derecho común, de que se haga o no debidamente el inventario (25). Antes del Código y conforme a la

las deudas, pues haciendo esto no están obligados por ninguna deuda ni de su padre ni de su madre (F. Viejo 5,2,3).

El tema, sobre el Derecho germánico en general, no es pacífico. Sobre las disputas, FADDA, *loc. cit.*, Niegan el principio de responsabilidad *ultra vires*: DERNBURG-BIERMANN, *Pandette*, trad. it., vol. III, Torino 1905, § 171, II, V, pág. 636. FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, R.D.P., 1923, pág. 324; BINDER, *Derecho de Sucesiones* (trad. y notas de Lacruz, Barcelona, 1953), pág. 207 (quien invoca a otros autores); BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, trad. Alvarez López, Barcelona 1936, pág. 219.

(24) Fuero Juzgo, 5,6,6: «Cómo deve cmne demandar la debda que deve el muerto... Cada uno según que tinie de la buena pague a cada uno e faga emienda de la debda. E si fijos ovieren (*el muerto*), hy ellos ovieren su buena, ellos lo devén emendar por su padre... E los fijos o los propinpios que non ovieren la buena, non deben seer tenudos por pagar nada...». Cf. también F.J. 7,2,19.

Fuero Real, 1,11,3: «Si alguno ome ficiere pleyto derecho con otro, el que heredare lo suyo, quier sea fijo quier otro, sea tenido de guardar el pleyto, así como era tenido aquél que hizo el pleyto». La responsabilidad la tienen los herederos y es *intra vires* (cf. F.R. 3,20,6).

(25) Si los hijos son herederos, su carácter de legitimarios no va a impedir, conforme a la misma doctrina del Derecho común, que respondan *ultra vires* de deudas y legados. A pesar de que por no hacer inventario se consideraba que el heredero perdía la cuarta *falcidia* (Novela 1,2, § 2; P. 6,6,10), se entendía que, en cambio, no perdía, frente a los legatarios, la cuarta legítima (P. 6,11,7 y GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, gl. 3.^a; VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum, Venetiis*, 1564, I, n. 15 (folio 55 vuelto y sg.); JUAN GUTIÉRREZ, *Opera omnia*, once tomos, Lugduni, 1730, y Coloniae Allobrogum, 1735, *De tut*, 2,1, n. 43-t. VII, págs. 112 y 113). Y dado que no pierde la legítima está obligado a pagar las deudas incluso con sus propios bienes (así, GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, gl. 3, P. 6,11,7, glosa 2, y, también, P. 5,13,24, glosa 10). Cf. también VALLET, *Panorama del D. de s.*, I, pág. 686, y *Las legítimas*, II, págs. 1223 y sigs.

¿Hasta qué punto el hijo heredero respondía de los legados sin perder la legítima? La opinión de Gregorio López (P. 6,6,10, glosa 3) es que «se disminuyen los legados por razón de la legítima y así disminuidos se han de pagar *ultra vires hereditarias*; disminución que, claro es, no procedía respecto de los acreedores hereditarios, pues no hay herencia sino en el residuo (así, AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum communium*, 1,2, n. 23 (ed. 1766, pág. 20), JUAN GUTIÉRREZ, *De tut*, 2,1, n. 42, pág. 112).

La expresada tesis de Gregorio López —los legados, disminuidos por la legítima, deben ser pagados incluso *ultra vires*— tenía un fuerte apoyo en la opinión de muchos doctores de Derecho común (Bártolo y otros) (cf. GREGORIO LÓPEZ, P. 6,6,10, glosa 3.^a, y JUAN GUTIÉRREZ, *De tut*, II, I, n. 45 (t. VII, pág. 113)). Pero en la doctrina española surgió oposición. Como informa JUAN GUTIÉRREZ (II, I, ns. 43 a 45 (t. VII, págs. 112 y 113)), Rodrigo Suárez piensa que es excesivamente peligrosa para los legatarios, pues los hijos pueden fácilmente defraudarles no haciendo inventario. Duda, por tanto, de la procedencia de tal tesis, sobre todo teniendo en cuenta que, conforme a la Ley del Fuenro, todos los bienes son legítima excepto el quinto. Por el contrario, Covarrubias entendía que

doctrina del Derecho común, los herederos responden no solidariamente, sino a prorrata, de su participación en la herencia.

Si el hijo era heredero testamentario o abintestato, respondía, claro es, de las deudas. Pero ¿respondía, también, cuando hacía valer su condición de legitimario *frente a la voluntad* del testador? Habría que llegar a una solución positiva si por preterición o desheredación injusta se anulaba o rescindía la institución de heredero que desconsideraba sus derechos, pues entonces, eliminado el obstáculo de la institución, prevalecía el llamamiento hereditario legal. Mas ¿*quid* si en el testamento no había preterición ni el legitimario era instituido heredero, y el legitimario reclamaba sus derechos como tal? Una gran parte de nuestros clásicos repetía, ciertamente, la doctrina romanista según la cual la legítima —y no hacían excepciones con la legítima castellana— no es *pars hereditatis* sino *pars bonorum*; los legitimarios quedaban afectados por las deudas, pero no respondían directamente frente a los acreedores hereditarios (y menos *ultra vires*).

Pero también hubo autores castellanos que afirmaron rotundamente, incluso para el Derecho común, que la legítima es *pars hereditatis*; Así, Vázquez de Menchaca, Matienzo y Yáñez de Parladorio (26).

Para Vázquez de Menchaca (27), siguiendo a Alejandro, la legítima es *quota hereditatis*. Invoca diversas razones, de las que recogemos algunas. Por Derecho común la legítima ha de ser dejada *titulo institutionis*; pues bien, resulta que por Derecho común es válido el testamento en que el hijo es instituido en su porción legítima. No obsta, por otra parte, que se diga que la legítima se concreta en una cuota de los bienes y que no hay bienes sino después de pagadas las deudas. En esta materia, la expresión *bonorum* comprende también la

nunca podía imponerse al hijo el pago de los legados más allá de los bienes de la herencia. Juan Gutiérrez, adhiriéndose a esta opinión, sostiene, invocando que es opinión más recibida, que, salvo que conste legítimamente el fraude u ocultación de bienes, el hijo, aunque no haga inventario, no debe soportar los legados más allá de la legítima; y en Castilla, «más allá del quinto entre extraños o del tercio y quinto entre descendientes, conforme a las claras Leyes de este Reino», pues de otro modo podría resultar que el hijo, por fuerza de los hechos y de la voluntad de su padre, podría llegar a ser privado, por vía indirecta, de la legítima.

El Tribunal Supremo, en S. 31 diciembre 1891, en un supuesto anterior al Código y sujeto al Derecho catalán, hace aplicación del Derecho romano y de P. 6,6,10 respecto de un heredero legitimario (también instituido heredero) que no goza del beneficio de inventario (y niega incluso que proceda la reducción del legado para dejar a salvo la legítima). Según la sentencia (que no estima el recurso), tal heredero «queda obligado a pagar íntegramente no sólo con los bienes hereditarios, sino con los propios, todos los legados, deudas y responsabilidades del difunto; precepto legal que es aplicable a los herederos de cualquier clase que sean, voluntarios o forzados».

Suponen o declaran también que los hijos, por las deudas del causante, responden personalmente *ultra vires*, las SS. 5 diciembre 1872, 25 junio 1884, 9 abril 1887, 29 octubre 1888.

(26) Reconoce la existencia de estas opiniones, VALLET, *Panorama D. de s.*, I, pág. 544.

(27) VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum*, II, § 20, núms. 210 y sig (folio 101 vuelto).

hereditas. Y no importa el que la legítima sólo se deba *deducto aere alieno et deductis funeris impensis*, pues esta referencia a la previa deducción se explica para saber si procede o no la *querela inofficiosi testamenti*, que queda excluida siempre que el hijo reciba por cualquier título la cuarta líquida de los bienes (legítima clásica). Además la tesis queda confirmada por la observación de que, según la opinión común, el hijo no puede repudiar la herencia del padre y aceptar la legítima.

Matienzo (28) reconoce que la opinión más recibida entre los autores de Derecho Común era que la legítima es *quota bonorum*. Mas informa también que alguno opinó que es *quota hereditatis et non bonorum*, tesis esta que se esfuerza en probar Fernando Vázquez (*de Menchaca*), y la opinión de éste agradaba a Matienzo.

Yáñez de Parladorio (29) se enfrenta con la cuestión y explica su trascendencia. La consecuencia fundamental es que el que adquiere una *pars hereditatis* es un *successor juris*, y pasan a él, por tanto, tanto los derechos como las obligaciones (las *acciones activas y pasivas*). En cambio, el que adquiere una *pars bonorum*, no es *successor juris*, y no pasan a él las acciones activas y pasivas (a él no le incumbe «la carga de las deudas del causante sino al heredero»). El que adquiere una *pars hereditatis* puede recibir los bienes hereditarios sin deducir las deudas porque a él, como heredero, le corresponden *a prorrata*; en cambio, el que adquiere una *pars bonorum* recibirá siempre su porción una vez deducidas las deudas. Después de señalar otras consecuencias se pregunta Yáñez de Parladorio, en concreto, ¿qué naturaleza tiene la legítima? Distingue, en relación con la cuestión, el Derecho común y el Derecho real. En relación al Derecho común, distingue a su vez el Derecho romano anterior (el clásico romano) y el posterior. Reconoce que la opinión más común, para estos Derechos, es que la legítima es *pars bonorum*, si bien algún doctor señala que es *pars hereditatis*. Para él la opinión más común es ciertísima para el Derecho romano anterior, pero no para el posterior. Para este Derecho (el justinianeo) estima que la legítima es *pars hereditatis*: «Lo que según nuestro Derecho real pienso que ha de sostenerse, pues según él todos los bienes de los padres son legítima de los hijos, excepto el quinto respecto de los extraños y el tercio respecto de los hijos».

4.—La doctrina romanista de la posible exención de responsabilidad de las deudas, de la cual gozaría el legitimario, se convenía muy poco con lo establecido en la Ley 21 de Toro sobre responsabilidad de los hijos, por las deudas del padre. Pues conforme a esta Ley los hijos, aunque recibieran bienes hereditarios incluso por disposición a título particular (por mejora del tercio y quinto) estaban obligados como los herederos frente a los acreedores del difunto. Decía esta Ley 21: «Mandamos que el hijo o otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio o quinto de los bienes de su padre o madre o abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre y

(28) MATIENZO, *Comm.*, 5,4,1, gl. 10, n. 62 (folio 82).

(29) YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Quot.*, Dif. 146, págs. 383 y ss.

madre, o abuelos, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del defunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partida parecieren, y *por las otras que después parecieren, sean obligados los tales mejorados a las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en la dicha mejoría de tercio y quinto, lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, o en cierta parte de los bienes».*

Descubría esta Ley cómo la disposición que, en concepto de mejora, hacía el testador no podía significar que el legitimario se escapara de las consecuencias de la sucesión legitimaria y que, entre estas consecuencias, estaba el responder como los herederos. O si se quiere, descubría que en la concepción castellana no es sólo que la legítima fuera *pars hereditatis* sino que *el todo de la herencia* (incluida la mejora del tercio y quinto) era legítima.

Como, en principio, todo el patrimonio es legítima, la mejora del tercio e incluso la del quinto, cuando se hacían, como era ordinario, a título singular, no tenían la consideración de meros legados. Es cierto que era frecuente ésta calificación (prelegado) y que también era lugar común de nuestros autores clásicos afirmar que el tercio de mejora es legítima respecto de los extraños pero no respecto de los descendientes. Mas con ello se quería expresar, sobre todo, que la limitación que—frente a los extraños—suponía la legítima en cuanto a la libertad de disposición, cesaba, en cuanto a la mejora frente a los hijos. Pero la mejora, como disposición del testador *que se movía en el ámbito de la legítima*, no podía equipararse, ni siquiera a los efectos entre descendientes, a un simple legado (o prelegado). Matienzo, aunque afirma que el mejorado es un prelegatario (30), sostiene que la mejora es legítima (31); incluso respecto de los hijos mismos es legítima «quoad multa, licet quoad plurima differat» (32). Según Yáñez de Parladorio, la mejora es *pars hereditatis* (33): el mejorado, aunque renunciara a la herencia, respondía como los herederos (L. 21 Toro, transcrita antes); tenía los remedios posesorios que los herederos; y las mejoras de tercio o quinto habían de ser satisfechas, no como el legado de parte alícuota (el cual, según el Derecho común, podía ser pagado —a elección de los herederos— en bienes o en dinero), sino precisamente en bienes hereditarios (cf. L. 20 Toro). Y, andando el tiempo, el que parece (cf. nota 57) que fue principal autor, en esta

(30) Y no un heredero, no obstante la L. 21 Toro, pues, según Matienzo, una cosa es ser heredero y otra ser tenido *como tal heredero* (cf. L. 21 Toro).

(31) MATIENZO, *Commentaria*, 5,6,5, gl. IV, n. 3 (folio 158).

(32) MATIENZO, *Comm.* 5,6,11, gl. I, n. 2 (folio 158).

(33) YÁÑEZ DE PARLADORIO (*Quot.*, Dif. 146, ns. 10 y ss., págs. 383 y sigs.), quien rebate diversas objeciones: a) No importa que nuestras leyes hablen de mejora de *tercio o quinto de los bienes*, pues el término *bienes* en muchos textos de Derecho común significa también *hereditas*. b) Ni que la misma Ley de Toro exprese que los mejorados sean tenidos «como si fuesen herederos en la dicha mejora de Tercio y Quinto», pues la palabra «como» no siempre expresa analogía sino que algunas veces expresa la verdad (como en el texto de San Juan: «como Unigénito del Padre»). En la mejora tiene el mejorado «lugar de heredero». HEVIA BOLAÑOS, *Curia Filipica*, II, § 27, n. 6 (pág. 119).

materia, del Código civil, Benito Gutiérrez, llega a afirmar (34) que «las mejoras... tienen más de legítima que de legado, sobre todo que como título esencialmente hereditario, siguen los principios peculiares de la herencia».

Ante la Ley 21 de Toro, no faltaron autores, y autores eximios, como Molina y Azevedo, que intentaron concordar —siguiendo la inercia doctrinal de la época— los términos de tal Ley con el sistema romano justiniano y que entendieron que los mejorados, como legatarios que son, no podían ser directamente demandados por los acreedores (35). Incluso lo intenta Gregorio López (P. 6,9,2, gl. 1), si bien después de señalar que la L. 21 Toro es singular y que «quizá la razón de tal norma ha sido que como todos los bienes, excepto el quinto, son legítima de los hijos según las Leyes de este Reino, si el legatario o donatario de parte de los bienes tuviera tal parte libre de la carga de los acreedores, se haría perjuicio a los hijos en su legítima, de la cual deberían pagar a los acreedores».

Pero fueron más los autores de Derecho castellano que, de acuerdo con Palacios Rubios —uno de los autores de las Leyes de Toro—, resaltaron la peculiaridad del sistema castellano: los mejorados en cierta *pars bonorum* o incluso (36) en cosa cierta podían ser directamente demandados por los acreedores del difunto (37). En relación a la mejora de tercio y quinto era frecuente decir que había desaparecido la diferencia entre la *quota bonorum* y la *quota hereditatis* (38). Y ya en los tiempos inmediatamente anteriores al Código civil, Benito Gutiérrez —cuya influencia en nuestro Código venimos destacando—, expresa que el mejorado queda obligado «a responder y pagar las deudas correspondientes a su mejora, como si fuera heredero. Esta asimilación lo es en el todo, iguala la condición del heredero y mejorado en

(34) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 3.^a edic., pág. 521.

(35) LUIS MOLINA, *De primogenitorum*. Lugduni, 1737, I, 12, c. 10, ns. 13 y sigs. (págs. 97 y sigs.); si bien termina aconsejando como más seguro que los acreedores demanden, a la vez y desde el principio, a herederos y legatarios (los mejorados). AZEVEDO, *Comm.*, 5,6,5, n. 1 (págs. 172, 173). Cf., también, IBÁÑEZ DE FARIA, *Novaes Additiones ad Covarrubias*, Lugduni, 1688, II, c. II, ns. 14 y sigs. (pág. 186).

(36) Era más discutido el supuesto de mejorado en cosa cierta cuando no se trataba simplemente de señalar la cosa en que había de pagarse la mejora de tercio o quinto.

(37) La opinión según la cual la Ley 21 Toro significaba una modificación del sistema del Derecho común, ya que los mejorados podían ser directamente demandados por los acreedores, fue la que prevaleció en la práctica, YBÁÑEZ DE FARIA (*loc. cit.*, n. 16). Fue también la opinión de Palacios Rubios, Cifuentes, Matienzo, Suárez, García Olano, Tello Fernández, Yáñez de Parladorio, Covarrubias, Ybáñez de Faria, Llamas y Molina, y otros muchos; se entendía que era la opinión común de nuestros intérpretes. Así informan: YBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones, Ad variae Res*, II, c. II, n. 14 (pág. 186); AZEVEDO, *Comm.*, 5,6,5, n. 1 (t. III, págs. 172, 173), MATIENZO, *Comm.*, 5,6,5, gl. II, n. 3 (folio 150). Cf., también, COVARRUBIAS, *Opera omnia, Autrerpiæ, Variae*, 2,2, n. 2 (t. II, pág. 103); LLAMAS Y MOLINA, *Commentario a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid 1876, I, Ley 21, págs. 223 y ss.

(38) Según informan: MOLINA *De primogenitorum*, I, 12, c. 10, n. 13, pág. 97. YÁÑEZ DE PARLADORIO, *Rerum*, 2, c. último, P. I, 9, n. 9 (pág. 125).

cuanto uno y otro pueden ser reconvenidos directamente por los deudores para el pago de las deudas» (39).

5.—Según Roca Sastre (40), «en el sistema legitimario romano —como es institucionalmente lógico— el desheredado *partem facit ad minuendam legitimam*, mientras que en la reserva germánica no hace parte». Antonio Gómez (41) plantea la cuestión sobre si cuando el hijo es justamente desheredado por el padre, la porción legítima que le corresponde acrece a los demás hijos y si, por consiguiente, se computa o no en el número de los hijos para aumentar su legítima, y concluye que, conforme al Derecho común, no debe computarse en el número de los hijos (42). Pero, a la vez, advierte Antonio Gómez que no se presenta tal cuestión en Castilla, porque ya sean pocos, ya sean muchos los hijos, siempre su legítima es «*totum patrimonium patris, excepto quinto*». Y así, sea que alguno de ellos muera, o sea desheredado o sea incapaz.

6.—En una multitud de cuestiones, nuestros autores clásicos suelen acoger las tesis de Derecho común que más se convienen con la naturaleza hereditaria de la legítima.

a) El hijo a quien se deja en el testamento su legítima ¿es instituido heredero? Con arreglo a la doctrina generalizada en Derecho común, según la cual la legítima es simple *pars bonorum*, la cuestión planteada debería haberse contestado negativamente (43). No fue esta la opinión de Vázquez de Menchaca (cf. nota 27 y texto supra). Y también Gregorio López (P. 6,8,5, gl. 1), con referencia expresa al Derecho castellano, sostiene que «si simplemente el hijo es instituido en la legítima, tal institución es universal, y se tiene como si hubiera sido instituido en toda la herencia, excepto el quinto, con arreglo a lo dispuesto en las Leyes de Toro» (44).

b) ¿Corresponde al hijo, para obtener la posesión de los bienes hereditarios, el remedio especial (el *officium judicis*) previsto en favor de los que sean herederos testamentarios? No se duda cuando es instituido heredero (45). ¿Y si el hijo es llamado abintestato? Gregorio López (P. 6, 14, 2, gl. 1) se adhiere —frente a la común opinión de los doctores— a la opinión de Baldo, porque «si filius est, ergo he-

(39) BENITO GUTIÉRREZ, III 3.^a edic., pág. 527.

(40) ROCA SASTRE, *Naturaleza...*, pág. 75. Cf. art. 130 de la Compilación de Cataluña.

(41) A. GÓMEZ, *Variae*, I, I, n. 22 (págs. 145 y 146).

(42) Nótese, sin embargo, que la cuestión que principalmente plantea Antonio Gómez (cf. también VÁZQUEZ DE MENCHACA, II, § 20, n. 205 (folio 101 vuelto) y CEVALLOS, *Practicarum*, quaest. 370 (pág. 469) era sólo la de saber cuántos son los hijos a efectos de conocer si corresponde la legítima de la tercera parte o de la mitad, lo que en Derecho justiniano dependía del número de los hijos.

(43) De acuerdo con su tesis, Roca (*Naturaleza*, pág. 206) estima, para el Derecho vigente, que tal disposición testamentaria constituye un legado de legítima.

(44) A continuación, G. López da las opiniones contrarias, en relación con el Derecho común.

(45) Si el hijo es instituido en su legítima, la cuestión era, en Derecho común discutida, puesto que la legítima es *quota bonorum* y no *quota hereditatis*. Véase, supra a).

res» (46), por lo que la existencia de un *heredes sui* tiene el mismo efecto que el testamento. Mas, en fin, por Derecho del Reino (Ley de Soria), sigue Gregorio López, no sólo al hijo sino a cualquier sucesor abintestato corresponde tal remedio (el *officium judicis*).

c) Según Gregorio López (P. 6,8,5, gl. 9), la legítima está defendida por la *petitio hereditatis*. Las concretas acciones que defienden la legítima duran, pues, lo que la *petitio hereditatis*, treinta años. Así lo estima la doctrina más común respecto del *ius dicendi nullum* (47), respecto de la acción *ad supplementum* (48), respecto de la acción de reducción de donaciones (49).

En este régimen de las acciones había que hacer excepción con la *querela inofficiosi testamenti* por causa de desheredación injusta. Para ella, según P. 6,8,4, regía el plazo de prescripción de los cinco años. Pero Benito Gutiérrez hace notar (50) la disonancia de que un remedio «dirigido a conseguir la herencia» tuviera tan *anómalo* plazo de prescripción.

d) En relación con la cuestión del derecho de los legitimarios a recibir sus bienes *in natura*, *las dos tesis* —legítima igual a simple *pars bonorum*, legítima igual a *pars hereditatis*— llegaban a resultados análogos, y podía discutirse simplemente la mayor o menor vinculación que la legítima suponía sobre *cada una* de las cosas integradas en la herencia (51). Pero si los bienes, muerto el causante, aumentaban de valor, se cuestionaba si el aumento favorecía sólo a los herederos o si favorecía, también, a los legitimarios. La solución que prevaleció es la de la coparticipación en los aumentos de valor (52).

e) Con apoyo en ciertas doctrinas surgidas sobre el Derecho común, nuestros autores son propicios a entender que, *en cuanto beneficie a los hijos*, los hijos son considerados herederos y la legítima, *por tio hereditatis* (53).

(46) Evoca, sin duda, el texto de S. Paulo, Epístola *ad Galatas* 4,7; cf. también Ep. *ad Romanos*, 8,17.

(47) Cf. YÁÑEZ DE PARLADORIO, Dif. 148, n. 21 (pág. 389). También A. GÓMEZ (*Variae*, I, 11, ns. 3 y 8), apoyándose en diversos doctores del Derecho común: *quia testamentum est ipso jure nullum et transmitit hereditatem abintestato* (n. 3 citado, pág. 135).

(48) YÁÑEZ DE PARLADORIO, Dif. 148, n. 31 (pág. 391). AZEVEDO (*Commentaria juris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, Lugduni, 1737), 4,15,6 (t. II, pág. 370). Según A. GÓMEZ (*Variae*, I, 11, n. 23, pág. 166) dura treinta años, como acción personal *in rem scriptam*.

(49) AZEVEDO, *Comm.* 5,6,12, ns. 13 y 14 (t. III, pág. 202).

(50) *Códigos*, III, 3.^a edic., pág. 436. Benito Gutiérrez trata, sin embargo, de explicar la anomalía, porque dicho «remedio» tiene algo de penal».

(51) Sobre la cuestión, VALLET, *Las Legítimas*, I, págs. 190 y sigs.

(52) Sobre la cuestión, VALLET, *Las Legítimas*, I, pág. 207.

(53) AYLLÓN, *Additiones ad varias resolutiones Antonii Gomezy*, Lugduni, 1666, I, I, n. 6 (pág. 7). YBÁÑEZ DE FARÍA, *Additiones ad vari Resol.*, II, II, página 388 (n. 92); y de ahí concluye que si el hijo fuere instituido en la legítima, podrá tomar la *enfiteusis* o feudo *hereditario*, aun cuando hubiere «coheredero universal». COVARRUBIAS (*In variarum*, II, 18, n. 9) (tomo II, pág. 171) entiende, en cambio, que al hijo instituido en la legítima, habiendo sido instituido otro

f) Roca (54) sostiene que era algo excesivo entender que estaban legitimados para promover el juicio de testamentaría los legítimarios del Derecho catalán (los cuales fueron moldeados, en principio, conforme a la tradición romanista). Pues bien, antes del Código civil es indudable que el heredero forzoso del Derecho castellano está legitimado para promover el juicio de testamentaria (cf. arts. 406 L.E.C. de 1.855 y 1.038 L.E.C. de 1881); sin que el testador, que puede señalar reglas en relación con las operaciones que integran tal juicio, pueda menoscabar, con sus disposiciones, la legítima de los herederos forzados (art. 496 L.E.C. de 1.855, D. 6 noviembre 1868, art. 1.046 L.E.C.; véase, además, la jurisprudencia que citamos en VIII, B).

C) *La opinión de los codificadores.*—Informa García Goyena (55) que una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión General fue «la de no innovar lo existente», como regla general. Este criterio pasó a ser imperativo para los redactores del Código: por mandato de la Ley de Bases de 11 mayo 1888, habían de recoger «el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio» (Base 1.^º; cf., también, Bases 15 y 16). ¿Dónde encontraron nuestros codificadores, en materia de legítimas, el Derecho histórico patrio? ¿En las Partidas y en la doctrina romanista de nuestros clásicos? Veamos lo que nos dicen los mismos codificadores.

García Goyena, sobre ser el Presidente de la Sección de lo Civil cuando se redacta el Proyecto de 1851, el principal antecedente de nuestro Código, fue —según él mismo nos dice (55 bis)— «el encargado de toda la materia de herencia por testamento y sin él». Pues bien, en su opinión (56), las normas fundamentales no son las contenidas en las Partidas que «copiaron a las romanas», sino las del Fuero Juzgo, Fuero Real y Leyes de Toro, que establecen la legítima de los hijos «tal cual ha llegado hasta nosotros al través de tantos siglos, y a pesar del romanismo servil de las Partidas».

Este punto de vista sobre el romanismo y la legítima castellana, es confirmado por Benito Gutiérrez, que fue el ponente, en la última etapa de la redacción del Código civil vigente, en las materias de donaciones, legítimas y mejoras (57). Según él (58), las Leyes de Toro sancionan «*la legítima española*, sin acordarse siquiera del precedente romano, siempre desatendido en la práctica a despecho del Código de las Partidas».

como heredero universal, no pasa el derecho de patronato, sino que éste pertenece al instituido en la herencia.

(54) ROCA, *Naturaleza...*, pág. 200, nota 52. Allí da cuenta de que se estimó, sin embargo, que estaban legitimados por S. 3 noviembre 1876, dada la vigencia general de la Ley Procesal Civil.

(55) GARCÍA GOYENA, *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil Español*, Zaragoza 1974, pág. 347.

(55 bis) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pág. 347.

(56) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pág. 346.

(57) Cf. M. PEÑA, *Antecedentes del Código civil vigente*, A.D.C., 1965, pág. 918.

(58) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 3.^a edic., pág. 297.

III.—EL LLAMAMIENTO FORZOSO A LA HERENCIA EN EL CODIGO CIVIL

A) *La vocación legal forzosa.*—Los legitimarios son «herederos» y precisamente «herederos forzosos». Así los denomina el Código civil: arts. 140, 756-2.^º, 763, 777, 806, 807, 813, 814, 815, 816 ,817, 820, 821, 822, 825, 857, 863, 985, 1.035, 1.036, 1.056, 1.324. Así los denomina el artículo 28 L. H. Y así los llamaba ya, antes del Código, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.046), el Código de comercio («herederos legítimos», art. 428, según la redacción que estuvo vigente hasta la L. 8 octubre 1980) y la Ley de Propiedad Intelectual (art. 6.^º; el art. 41 de su Reglamento, habla de «heredero necesario»).

Los textos del Código no sólo dicen que los legitimarios son «herederos forzosos», sino que además precisan —como ya lo hacía la S. 21 octubre 1865 (60), y lo vuelve a hacer la S. 31 marzo 1970 (61)— que la legítima, a que por Ley tienen derecho los legitimarios, consiste en una *parte de la herencia* (cf. arts. 809, 820-3.^º, 837, 838), o en una *parte alicuota de la herencia* (cf. art. 655-I, C. c., como después explicaremos (62)). Incluso precisan que la legítima es *herencia* (cf. artículo 810-II C. c.).

Ciertamente el artículo 806 C. c. se refiere a la legítima como una *porción de bienes*. Pero con ello no quiere decirse que la legítima sea una *simple pars bonorum* (cf. nota 33, a), y en I,B,3, lo que, ante objeción análoga, dice Vázquez Menchaca). Del propio artículo se desprende que se trata de una porción de bienes que corresponde a los legitimarios como *herederos*. Como cuando el Código habla de la institución de heredero que no comprende la totalidad de *los bienes* (cf. artículos 764-I y 912-2.^º C. c.; cf. también arts. 667 y 668).

Estos términos —«heredero forzoso», «parte de la herencia» (*pars hereditatis*)— deben entenderse en el sentido técnico que resulta del propio contexto del Código y de la doctrina tradicional ya expuesta. Son *herederos* y, por tanto, sucesores a título universal (cf. art. 660 C. c.). Y lo son con carácter forzoso, es decir, por determinación de la Ley y cualquiera que fuere la voluntad del testador.

No sería de buena técnica interpretativa estimar que nuestros ilustres codificadores no conocían el alcance doctrinal tradicional de las palabras y que empleaban sin propiedad los términos «heredero forzoso», «parte de la herencia». Nótese que el legislador, en la Ley 13 mayo 1981, vuelve a insistir en estos términos —a pesar de que

(60) La legítima es «la parte de la herencia que se debe —se trataba de enjuiciar la renuncia de una legítima futura— por disposición de la Ley a los herederos forzosos» (S. 21 octubre 1865, *obiter dictum*).

(61) En nuestro ordenamiento jurídico la legítima tiene «la consideración de *pars hereditaria*» (S. 31 marzo 1970: a efectos de sostener que, en principio, la legítima debe ser satisfecha con bienes de la herencia).

(62) En una *porción hereditaria* (cf. arts. 127, 134, 844, 846 C. c., en su redacción originaria); cf. también los arts. 834 y sigs. y 840 y sigs. C. c., en su primitiva redacción.

podía haber empleado uno más neutro, *legitimarios*— incluso cuando redacta artículos de nueva planta (cf. arts. 140-II y 1.324 C. c.).

No cabe, en particular, explicar los términos «heredero forzoso» con el sentido que estas palabras podían tener en el Derecho común: en este Derecho eran forzosos porque habían de ser necesariamente instituidos herederos para evitar, de este modo, que el testamento pudiera ser atacado, a causa de la preterición, por el *jus dicendi nullum*. Ya en el Derecho castellano anterior al Código civil, el testamento, según la opinión de muchos, era totalmente válido, aunque el legitimario no fuera en él instituido heredero, sobre todo si tampoco había institución de heredero en favor de otros (cf. *supra* texto y nota 18). En cuanto al Código civil, todos los autores están hoy de acuerdo en que en modo alguno necesita el testador, para evitar las consecuencias de la preterición, instituir heredero al legitimario (cf. art. 815 C. c.). Por lo cual es inadecuado atribuir el término «forzoso» a una *necesidad* que no existe. Creo que hoy el legitimario es llamado «forzoso» porque la legítima —que, como hemos visto antes, es *parte de herencia*— le está directamente atribuida por la Ley (cf. art. 806 C. c.); es decir, la Ley impone al causante unos herederos sobre cierta *parte de la herencia*, y, en consecuencia, de esta parte el causante «no puede disponer» (63) (cf. art. 806 y 808 y 813-I C. c.). El que tiene herederos forzosos, debe respetar esta *limitación sectorial* del ámbito de su potestad dispositiva (cf. art. 763-II C. c.).

B) *Carácteres del llamamiento forzoso.*—El Código civil regula un especial *llamamiento* de herederos (el de los herederos forzosos), que es distinto del llamamiento voluntario y del llamamiento abintestato. Se diferencia del llamamiento voluntario en que éste se funda en la voluntad del hombre y el forzoso se funda sólo en la Ley (cf. arts. 763 y 806 y ss. del C. c.). Como en la sucesión abintestato, el llamamiento forzoso es también un llamamiento que surge por ministerio de la Ley (cf. art. 658 C. c.), con la consiguiente aplicación de las normas que se refieren a este tipo de llamamiento (cf. arts. 111, 179, 811 C. c.). Pero se diferencia de la sucesión abintestato en que el llamamiento forzoso se produce, no a falta de la voluntad del hombre manifestada en el testamento (llamamiento dispositivo o supletorio), sino a pesar de esa voluntad (llamamiento imperativo, es decir, *forzoso*).

El llamamiento forzoso se distingue de los otros dos no sólo en cómo se produce sino también en su *régimen* (por lo cual, cuando actúa, no puede decirse que entre en aplicación, puramente, la sucesión abintestato).

El orden de los llamamientos en la sucesión voluntaria es, obviamente, el querido en el testamento, completado por las disposiciones específicas sobre el derecho de representación (cf. art. 814, V) y sobre el derecho de acrecer. En la sucesión legal (sea forzosa o abintestato)

(63) No puede disponer de ella en cuanto «*pars hereditatis*» que la Ley asigna al legitimario. Pero, como veremos, sí tiene ciertas facultades en relación con la concreción de la «*pars*» abstracta en un lote de bienes.

el orden de los llamamientos es el fijado por la propia Ley. Pero lo que queremos destacar ahora es que cuando es aplicable el llamamiento forzoso (sea contra el testamento, sea a falta de testamento), el orden de llamamientos es distinto que en la sucesión abintestato:

1.º En la sucesión abintestato, los descendientes excluyen al cónyuge. En la sucesión forzosa, concurren con el cónyuge.

2.º En la sucesión abintestato, los ascendientes excluyen al cónyuge. En la sucesión forzosa, concurren con el cónyuge.

3.º En la sucesión abintestato, no es llamado el cónyuge «separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» (cf. art. 945 C. c.). En la sucesión forzosa, sólo deja de ser llamado el cónyuge en determinadas hipótesis de separación legal (cf. art. 834 C. c.).

4.º En la sucesión abintestato, repudiando la herencia todos los parentes más próximos (según el orden legal), heredarán los del grado siguiente (cf. art. 923 C. c.). En la sucesión forzosa, repudiando la legítima todos los legitimarios del mismo grado, no son llamados (64) como legitimarios los del grado siguiente (65).

Ha sido discutido si para la sucesión forzosa se dan o no las mismas causas de indignidad que en la sucesión voluntaria o abintestato (cf. art. 756 C. c., sobre todo el número 2.º) (no es ahora de nuestra incumbencia profundizar más en este tema).

Ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato los hijos podrán representar a su padre, si viviere, aunque sea incapaz de suceder. En cambio, en la sucesión forzosa se permite la representación en los casos de desheredación o indignidad (cf. arts. 761, 766, 857, 923, 929 y 981, C. c.).

En la sucesión legítima (*abintestato*) la parte del que repudia la herencia, o del que no puede suceder, acrecerá a los coherederos (artículos 922 y 981). En la sucesión voluntaria tiene lugar el derecho de acrecer en los términos que establecen los arts. 982 y sigs. C. c. En la sucesión forzosa —haya o no sucesión voluntaria—, hay un régimen especial que impone el acrecimiento precisamente entre los llamados a la sucesión forzosa «por su derecho propio» (cf. art. 985-II), y no, en su caso, por el derecho de acrecer que derivaría del llamamiento voluntario (éste sólo opera en relación con la parte de libre disposición) (66). Es decir, en la sucesión forzosa, los llamados lo son, por

(64) En este sentido, también: VALLET, *Com.* art. 857, pág. 573. LACRUZ, *Elementos*, V, pág. 439. En la sucesión forzosa no se da la necesidad legal de continuar los llamamientos para evitar que las herencias queden vacantes.

(65) Ni tampoco se aumenta la cuota del cónyuge viudo por repudiar o ser desheredados los legitimarios concurrentes.

(66) ¿Cabe el derecho de acrecer derivado del llamamiento voluntario hecho en favor sólo de algunos legitimarios en cuanto la parte vacante comprenda la mejora? Hoy casi unánimemcnte los autores se manifiestan en favor de la tesis positiva y en este sentido se pronuncia la R. 14 agosto 1959. Pero son muy fuertes los argumentos contrarios. En primer lugar uno muy repetido: La expresión sólo del art. 985-I C. c., y la consideración de que la mejora es una parte de la legítima (cf. art. 823 C. c.). También, que la tesis negativa es la más con-

su grado, *al todo de la legítima*, y en caso de repudiación —o de indig-
nidad o de desheredación, cuando no juegue el derecho de represen-
tación— la porción vacante acrecerá a los demás legitimarios (67).

En la sucesión voluntaria o abintestato, agotados los bienes here-
ditarios por las cargas y deudas, nada percibirán los herederos. En
la sucesión forzosa, los herederos pueden todavía —por vía heredi-
taria— recibir bienes, los que, a estos solos efectos, vuelvan, por re-
ducción de donaciones, al patrimonio del donante.

Cuando en la sucesión voluntaria o abintestato el heredero forzoso
concurra con otros que también lo sean, la posible colación está sujeta
a reglas distintas que la colación y reducción de donaciones determi-
nadas por la sucesión forzosa.

El carácter forzoso del llamamiento y su protección incluso frente
a los actos *inter vivos* del causante, determina un especial sistema de
protección del heredero forzoso (al que después nos referiremos).

Las posibilidades del testador en relación con la administración y
liquidación de la herencia y, en particular, en relación con la partición
hereditaria no son las mismas en la sucesión voluntaria o abintestato
que en la sucesión forzosa (cf. VIII).

Finalmente, aun siendo los herederos forzosos igualmente herede-
ros, van a tener un plus de consecuencias patrimoniales y no patrimo-
niales. Los bienes adquiridos por vía de sucesión forzosa van a sufrir
sujeciones (la reserva del art. 811 C. c.) que no sufren al menos los
bienes adquiridos sólo por sucesión voluntaria (68). Los herederos
forzosos tienen derechos especiales en relación con la propiedad intel-
lectual (cf. art. 6 L. P. I.). Los herederos forzosos, en cuanto herede-
ros, tienen legitimación para ejercitar determinadas acciones de tipo
personalísimo (a las que nos referiremos); en ciertos supuestos, sólo
ellos son los únicos herederos legitimados para su ejercicio (cf. art. 140-
II C. c.).

forme con el principio de no admisión de las mejoras tácitas (cf. arts. 825, 828) y con el de que la regla, en el trato paterno, es la igualdad como se confirma en la regulación de la colación (arts. 1.035 y ss.). Es especialmente sorprendente que se admitiera la solución afirmativa del derecho de acrecer derivado del llamo-
miento voluntario cuando aún no se admitía el derecho de representación en los términos que resultan del art. 814-V, redacción dada por L. 13 mayo 1981: la admisión entonces del derecho de acrecer equivalía a la postergación total, en la mejora, de la estirpe del hijo mejorado premuerto (contra la probable voluntad del testador). No debe olvidarse que, como decía Matienzo —según ya vimos—, también entre los hijos la mejora se considera legítima a muchos efectos.

(67) En este sentido, también, VALLET DE GOYTISOLO, *Com.* art. 857, pá-
ginas 572 y sigs.; LACRUZ, *Elementos*, V, pág. 438. Pero ambos autores admiten
el derecho de acrecer en la mejora (véase nota anterior).

(68) Cf. VALLET, *Comentarios*, art. 811, pág. 70.

IV. ¿COMO SE CONJUGA EL LLAMAMIENTO FORZOSO CON LA DICOTOMIA SUCESION TESTAMENTARIA, SUCESION LEGITIMA O ABINTESTATO?

A.—E^l artículo 658 C. c. —y los con él concordantes: 609, 1.009 C. c., 14 L. H.— parecen contradecir la existencia de un tercer modo de deferirse la herencia. Porque ese artículo no contempla más que dos maneras: la testamentaria y, *a falta de testamento*, la legítima, y no prevé que haya una tercera, la constituida por el llamamiento legal aun contra la voluntad del testador; es decir, la forzosa (69).

Pues bien, el artículo 658 y concordantes deben ser entendidos como los demás preceptos que establecen, respecto de las distintas relaciones jurídicas, que éstas han de regirse por el correspondiente negocio jurídico (el contrato, la sociedad, las capitulaciones matrimoniales, etc.). La respectiva relación jurídica es regida, ciertamente, por el correspondiente negocio jurídico, pero nunca sólo por el negocio jurídico. Con él y con carácter preferente rige lo que podríamos llamar el régimen primario inderogable de la relación jurídica. En materia sucesoria, la sucesión forzosa forma parte de este régimen primario inderogable, y aplicable, por consiguiente, tanto cuando hay como cuando no hay testamento. De manera que *habiendo testamento* el régimen de la sucesión viene integrado: 1.^º Por las *normas imperativas* y entre ellas —cuando se hagan valer por persona legitimada— las que precisan el régimen de los herederos forzosos (cf. art. 763-II C. c.); 2.^º Por las normas válidas establecidas por el testador en el negocio jurídico testamentario; 3.^º Por las normas dispositivas supletorias de la voluntad del testador, entre las que pueden estar unas u otras disposiciones de la sucesión abintestato (70). Y *no habiendo testamento*, el régimen imperativo primario y el régimen legal supletorio se funden en uno sólo, con primacía de las normas de aquél.

Así, pues, cuando la sucesión se defiere por la voluntad del hombre no sólo juega la voluntad del hombre. La sucesión testamentaria también comprende la forzosa. Las Leyes de Toro establecían la sucesión hereditaria forzosa de los ascendientes (respecto de sus descendientes) (Ley 6 Toro) o de los hijos naturales (respecto de sus madres) (Ley 9 Toro), fijando que tenía lugar «*ex testamento*» y abintestato. Es decir, se partía de la misma dicotomía vigente y se entendía, naturalmente, que «las palabras de la Ley *ex testamento* deben entenderse *contra*

(69) En este sentido: ROCA, *Naturaleza...*, pág. 196; VALLET, *Com.*, art. 806, pág. 6; DE LA CÁMARA, *Estudio sobre el pago con metálico de la legitimu en el Código civil*, Cent. L. Not. Madrid, 1964, págs. 744 y sigs.

(70) Desde esta perspectiva, incluso la sucesión mixta (en el testamento se dispone sólo de parte de los bienes, o no tiene efecto la institución de heredero, lo que no obsta a la validez de las otras disposiciones testamentarias) es sucesión testamentaria. Para tales casos, decía Benito Gutiérrez (tomo 3.^º, ed. 3.^º, pág. 233) «aunque la designación de heredero deba verificarse según las leyes que arreglan la sucesión intestada, el juicio que haya de incoarse habiendo testamento no puede ser el de abintestato sino el de testamentaria (S. 8 junio 1861)».

Cf., también, en esta línea, MATIENZO, *Commentaria*, 5,4,1, gl. 10, folio 81.

testamento, pues *ex testato*, es decir, *ex voluntate defuncti* también sucedería el extraño (*el no legitimario*) si fuera instituido heredero» (71).

En R. 30 junio 1910 se admite la inscripción de una partición en que, con la conformidad de todos, había sido reconocida la legítima de los legitimarios (hijos naturales) preteridos. Los bienes, según la partición, habían de pasar, pues, a los hijos naturales por un título, la Ley misma, que venía a completar la voluntad del testador.

B.—Ahora bien, el heredero forzoso que, a la vez, sea llamado como heredero testamentario o abintestato, no es llamado *de modo singular e independiente como tal heredero forzoso*. Si hay testamento, rigen los llamamientos testamentarios, con las peculiaridades que la sucesión forzosa exija. Si hay sucesión abintestato, rigen las normas de la sucesión abintestato con las exigencias que imponga la sucesión forzosa. Quiero decir que el llamamiento forzoso no engendra, para el que también es llamado «*ex testamento*» o abintestato, un *jus delationis* independiente. La sucesión deriva de un solo título, bien el testamento, bien la Ley, en el cual se integran las normas que imponen la sucesión forzosa; y no puede aceptarse la cualidad de heredero sino como se desprende del conjunto de las normas aplicables a cada sucesión según cual sea el título por el que la sucesión se defiere: en concreto, no cabe aceptar la sucesión forzosa y renunciar a la testamentaria (o a la sucesión abintestato, en su caso), ni viceversa, pues no cabe que un llamado, tal como resulta del conjunto de las disposiciones aplicables, acepte o repudie una herencia, distinguiendo la *parte* (cf. art. 990 C. c.) a que es llamado por la voluntad del hombre (o, en el caso de sucesión abintestato, a que es llamado por la Ley, pero sólo con carácter supletorio de la voluntad del hombre).

C.—En toda sucesión, sea testamentaria o abintestato, han de cumplirse —decimos— las exigencias y peculiaridades del llamamiento forzoso, en los términos antes descritos. Este régimen peculiar del llamamiento forzoso puede quedar eclipsado cuando el llamamiento voluntario, o el legal supletorio, va más allá, en favor del llamado, que el llamamiento forzoso. Pero aun en estos supuestos, y sea la sucesión voluntaria o abintestato,emergerán las normas peculiares del llamamiento forzoso, en los términos ya expuestos, en los supuestos de indignidad para suceder, acrecimiento, insuficiencia del caudal hereditario (y consiguiente procedencia de la reducción de donaciones, y de otras acciones contra los actos del causante) para satisfacer las legítimas (72), partición que lesione las legítimas, reserva del art. 811 (al menos si la sucesión es voluntaria), derechos de propiedad intelec-

(71) Así, A. GÓMEZ, *Variae*, I, XI, n. 36 (pág. 153), con relación a la Ley 6 Toro (en la cuestión de los remedios que tienen los ascendientes preteridos o desheredados).

(72) Como para la fijación de las legítimas se computan las donaciones, incluso las hechas a extraños, puede resultar que el importe de las legítimas sea superior al que resultaría para las cuotas hereditarias si sólo se aplicaran las normas de la sucesión voluntaria o abintestato. En particular, ocurrirá así cuando, habiendo donaciones, el caudal hereditario se agota en pagar deudas del causante.

tual (cf. art. 6.^º L.P.I.), ejercicio de acciones reservadas sólo a los herederos forzosos, etc.

El carácter forzoso del llamamiento se hace patente *con toda nitidez*, y con independencia de cuáles sean los llamamientos testamentarios o los legales supletorios, en los siguientes supuestos (73):

1.^º *El testador se limita, en su testamento, a dejar a salvo sólo las legítimas que, en su caso, pudieran corresponder a los legitimarios.*—En estos supuestos la fuerza del llamamiento sucesorio a los legitimarios no arranca de la voluntad del testador sino de la Ley. El testador se limita a soportarlo y así lo hace saber. El alcance de la disposición sucesoria dependerá, pues, enteramente de la Ley. Lo que tiene especial importancia en los casos de cambios fácticos (varía el número de los hijos) o normativos (cambio de estatuto personal, cambios normativos) producidos después de otorgado el testamento.

El llamamiento forzoso se produce con sujeción a sus peculiares normas (ya vistas).

2.^º *El legitimario llamado a suceder en sucesión testamentaria o abintestato, resulta que es indigno para suceder.*—Si se siguiera la tesis de que, en general (a salvo lo dispuesto en el art. 756-2.^º C. c.), la indignidad no afecta a las legítimas, el legitimario seguiría siendo heredero pero sólo por el llamamiento forzoso. Aceptando la tesis más generalizada, en todo caso el llamado por testamento o abintestato quedaría excluido de la herencia, pero «si fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima» (art. 761). Está claro que el llamamiento a estos hijos o descendientes, beneficiados con la legítima, no es un llamamiento testamentario ni puramente legal supletorio. Es un caso de llamamiento forzoso, sujeto a reglas propias: en la legítima los beneficiarios representan al ascendiente excluido, aunque esté vivo, lo cual no es posible —como vimos— ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato.

3.^º *El legitimario es preterido* (salvo si es preterición no intencional de descendientes (74).—Hasta la Ley de 13 de mayo de 1981 el

(73) Según LACRUZ (*Elementos*, V, § 350, págs. 435 y sigs.) hay tres supuestos en que cabe hablar de una verdadera vocación legitimaria *mortis causa*: cuando el legitimario puede pedir el *complemento* de su legítima y en los casos de desheredación injusta y de preterición intencional.

G. GARCÍA VALDECASAS (*op. cit.*, pág. 966) señala que «la delación forzosa tiene lugar cuando el testador, sin incurrir en preterición, ha dispuesto por vía de institución de heredero, de una parte de la herencia superior a la de libre disposición, privando así al legitimario de la totalidad o de parte de la cuota reservada». Desde luego no comparto la distinción que García Valdecasas hace entre la legítima como parte —*cuota fija* (uno o dos tercios, la mitad)— de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso y la legítima como cuota de valor a que el mismo tiene derecho a percibir; y creo que el heredero forzoso, en cuanto tal, puede quedar satisfecho con lo ya recibido, por vía de donación, aunque concurra a la herencia con extraños.

(74) La preterición no intencional de hijos o descendientes, es tratada como error, que pone en juego otros mecanismos correctores. En cambio, la preterición no intencional de otros legitimarios tiene el mismo tratamiento que la intencional.

efecto que, en general, tenía la preterición (75) era anular la institución de heredero, con lo cual quedaba ya libre el paso a la sucesión abintestato —se decía— y el legitimario era llamado ya no como tal sino como heredero abintestato. Mas aún antes de la vigencia de la citada Ley, se revelaba el llamamiento forzoso: 1.^º) Si el testamento no contenía institución de heredero y las mandas y mejoras no dejaban margen a la sucesión abintestato porque se había dispuesto de todos los bienes (cf. art. 912-2.^º C. c.). 2.^º) Si contenía institución de heredero, y no obstante ser ésta anulada, las mandas y mejoras abarcaban todos los bienes del testador (cf. art. 912-2.^º C. c.). 3.^º Si, aun no habiendo mandas o mejoras, la sucesión abintestato no satisfacía las legítimas. Ya hemos visto antes cómo para este u otros fines puede revelarse en la misma sucesión abintestato, el llamamiento forzoso. 4.^º) En el llamamiento del cónyuge viudo (ya hemos visto cómo no es lo mismo que sea llamado como legitimario que lo sea como heredero abintestato).

Hoy está más claro que la preterición (salvo la no intencional de descendientes) no produce la apertura de la sucesión intestada (75 bis), sino que lo que ocurre es que se manifiesta el peculiar llamamiento del legitimario y en su estricta medida (cf. art. 814, I, C. c.). Recordemos otra vez que el puro juego de la sucesión abintestato puede no bastar para la satisfacción de la legítima. Pero es que, además, no parece adecuado sostener que se abra parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota del preterido intencionalmente. Como ya observó G. García Valdecasas (76), en relación con la desheredación, para el caso de existir varios herederos forzosos, si se abriera la sucesión abintestato para la cuota del excluido, concurrirían, junto con éste, los demás herederos forzosos y nunca el excluido lograría su legítima entera (77).

4.^º *El legitimario sufre una desheredación que no cumple con las exigencias legales.*—Los efectos que se producen, en relación con el llamamiento del legitimario, son iguales a los ya vistos para la preterición intencional (cf. art. 851 C. c.) (78). Por lo cual nos remitiremos a lo antes dicho.

(75) No interesa ahora replantear si en la antigua redacción del Código cabía dar otro efecto a la preterición intencional. En sentido afirmativo, S. 13 julio 1985.

(75 bis) La S. 13 julio 1985 parece entender que sí, pero lo hace forzada por la necesidad de la congruencia con la demanda y, sobre todo, para dar una salida de justicia a un recurso mal planteado.

(76) G. GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, pág. 968.

(77) Se ha opuesto que una apertura parcial, y con exclusión de determinados hijos, también cabe «si el testador instituye sólo a uno de sus hijos en su parte viril diciendo que nada más puede recibir de su herencia, supuesto en el cual la parte deferida abintestato corresponde por partes iguales sólo a los demás hijos» (así VALLET, *Com. art. 851*, pág. 534). En este singular supuesto está claro que en la herencia restante no hay pura sucesión abintestato, ya que respecto de ella la sucesión se defiere, en primer lugar, por la voluntad del hombre manifestada en el testamento y según éste uno de los llamados abintestato había de ser excluido.

(78) El caso de *error* en la desheredación puede dar lugar a otros efectos, más favorables para el desheredado (cf. art. 767 C. c.).

5.^º *El legitimario está legalmente desheredado.*—En este supuesto, «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima» (art. 857 C. c.). El supuesto, en relación con el llamamiento forzoso, es igual al ya visto en relación con el legitimario indigno de suceder.

6.^º *El legitimario nombrado albacea y en cuyo favor el testador hace determinadas disposiciones testamentarias, no acepta el cargo o lo renuncia sin justa causa.*—En este supuesto, el legitimario «perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima» (art. 900) (79). Así, pues, en su caso, la institución de heredero en favor del nombrado albacea queda sin efecto, y habrá lugar, según el supuesto, al juego de la sustitución vulgar, o del derecho de acrecer, o de la sucesión abintestato. Pero el nombrado albacea, en cuanto legitimario, mantendrá, en cambio, el llamamiento forzoso.

7.^º *Aunque no haya preterición resulta que por la cuantía, las condiciones o el objeto de las disposiciones testamentarias el testador no ha respetado la legítima* (80).—En cualquiera de estos supuestos, el legitimario puede hacer valer el peculiar llamamiento forzoso, y como tal heredero forzoso —y no como heredero voluntario o abintestato— puede, según el caso: a) Pedir el complemento de la legítima y reducir el alcance de la institución de heredero, las mandas y legados y, en último término, las donaciones (cf. arts. 815, 817, 819-III, 820 y concordantes C. c.). b) Pedir que la legítima sea atribuida libre de gravámenes, condiciones o sustituciones (cf. arts. 813, 863-II, 782 C. c.) (81). c) Escoger, en los casos legalmente previstos, entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podría disponer libremente el testador (cf. art. 820-3.^º C. c.). d) Exigir que se rectifiquen las disposiciones del testador que, más allá de los casos en que la Ley lo permita, impidan al legitimario que su cuota hereditaria se concrete en bienes hereditarios (sobre esto volveremos). e) Pedir la rescisión de la partición hecha por el testador, o por el contador partidor, y que lesione la legítima (cf. art. 1.056, 1.070-1.^º, 1.075 C. c.).

8.^º *El legitimario a quien el testador asigna un legado imputable a su legítima, no renuncia a la herencia* (82).—El artículo 815 es entendido con frecuencia en el sentido de que el causante puede, a su arbitrio, evitar que el legitimario sea heredero: bastaría, por ejemplo, que el causante hiciera efectiva la legítima mediante un legado.

(79) Supuesto análogo contemplaba el art. 251, antes de la Ley 24 octubre 1983.

(80) Sobre el tema, cf. DE FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, A.D.C., 1948, págs. 46 y ss.

(81) Nótense que hoy el testador puede, en ciertos supuestos, designar quien ha de administrar los bienes que se reciben por legítima: cf. art. 164-II-2.^º C. c.

(82) Sobre la cuestión, ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid 1945; *Heredero testamentario...*, A.D.C., 1950, págs. 321 y sigs.

Si el legado cubre la legítima, no hay cuestión sobre el carácter singular del título. Si no lo cubre, tampoco recibirá nada como heredero al ejercitarse la acción de complemento, pues lo que se recibe por la acción de complemento se recibe, también, por el mismo título que el principal (en el supuesto del legado, a título singular).

Así, pues, el legitimario, que quisiera hacer valer sus derechos como tal legitimario, tendría que soportar el legado que le hubiere hecho el testador, y al legitimario sólo le cabría, en su caso, la acción de complemento. Como el artículo 815 no distingue, en esa situación se encontraría el legitimario a quien el testador haya hecho un legado de no importa qué cuantía ni de qué objeto (bienes propios o ajenos, productivos o suntuosos, por ejemplo un castillo, de metálico, de valores, del crédito que tiene el testador contra tercero, etc.) (82 bis).

No es ésta la finalidad del artículo, ni los antecedentes justifican tan graves resultados. En el artículo 815 se trata, como demuestran los comentarios de García Goyena sobre el artículo correspondiente del Proyecto de 1951 (al art. 645), de expresar con claridad que el heredero forzoso a quien en el testamento no se le instituye heredero, pero al cual se le dejase algo por cualquier otro título, no se consideraba preterido. Es decir, en el sistema codificado no existe al hacer testamento la obligación, típica del Derecho común, de instituir heredero al legitimario (recuérdese que según el Proyecto la preterición siempre anularía la institución de heredero). Pero no parece que, además, se pretendiera —contra los precedentes— que el llamamiento del legitimario como *heredero* forzoso dependiera, en definitiva, del arbitrio del testador, el cual siempre podría satisfacer la legítima, con un legado —*sucesión a título particular*—, y que al legitimario, que pretendiera hacer valer sus derechos, no le quedara, entonces, otra opción que la de aceptar el legado.

Las Partidas también contemplaron el supuesto en que el testador deja la legítima en el testamento no por vía de institución de heredero sino por vía de manda. En tal hipótesis el legitimario podía, según P. 6,8,5: 1.º No recibir el legado: entonces el legitimario podrá quebrantar el testamento puesto que en él no había sido instituido heredero. 2.º Recibir el legado sin protesta alguna; en tal hipótesis, no podía después quebrantar el testamento. 3.º Recibir el legado y hacer la protesta de que le queda a salvo la acción para quebrantar el testamento: en tal caso, según comenta Gregorio López, persistía el legado y, además —de acuerdo con los criterios del Derecho común— conservaba la acción para quebrantar el testamento.

Lo que se quiso en el artículo 815 para el caso de legitimario favorecido fue eliminar la acción del legitimario para impugnar, por preterición, la institución de heredero. Pero sin eliminar la condición

(82 bis) Con lo que en muchos casos el legitimario se encontraría en peor situación que cuando es desheredado sin expresión de causa, o expresando causa no legal o por causa legal que no pueda ser probada, ya que, entonces, tendrá entera la legítima (y su participación *in natura* en el conjunto de los bienes hereditarios) (cf. art. 851 Código civil).

de heredero forzoso, pues el testador no puede trasmutar con el legado un llamamiento hereditario que no se funda en la voluntad del testador sino que viene impuesto por la Ley. Y sin eliminar, tampoco, la facultad, siempre reconocida —en Derecho común y en las Partidas— al legitimario a quien se hacía un legado, de renunciar al legado sin dejar de ser legitimario (83). Hoy el que por Ley es heredero forzoso puede «renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla» (cf. art. 980), o aceptar la herencia y el legado (hipótesis de que parte el art. 815).

Nótese que en el artículo 815 C. c. ha desaparecido el adverbio sólo («sólo podrá pedir el complemento») contenido en el correspondiente artículo (el 645) del Proyecto de 1851.

El T. S., en relación con el artículo 815, ha sentado la siguiente doctrina:

1.º) No es necesario instituir herederos a los legitimarios para que no se consideren preteridos; basta, a este fin, dejarles algo en concepto de legado, con lo que ya no podrán impugnar la institución (como, de ser preteridos, podían hacer siempre con arreglo a la redacción originaria del art. 814 C. c.) (SS. 16 enero 1895, 25 mayo 1917, 27 abril 1932).

2.º) No obstante el legado, sigue vigente el llamamiento forzoso del legitimario a una porción de la herencia; este llamamiento prevalece sobre las demás disposiciones del testador que se anularán en la medida necesaria (nulidad parcial) en cuanto impliquen detrimento de la legítima o impongan sobre ésta gravamen, condición o sustitución (SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 27 abril 1932).

3.º) La concurrencia del legado y de la herencia forzosa plantea el problema de si el legitimario habrá de recibir, cumulativamente, la porción hereditaria y el legado, o si el legado se recibe a cuenta de la porción hereditaria. Mientras no conste con claridad que es otra la voluntad del testador, el legitimario ha de recibir, con independencia, la porción hereditaria y el legado, pues así resulta del artículo 1.037 Código civil (S. 21 febrero 1900). En cambio, sucederá de otro modo cuando del testamento resulte con claridad que era voluntad del testador reducir la participación legitimaria al importe del legado (cf. S. 21 febrero 1900), hipótesis que es de la que parte el artículo 815 y que se encontraba en los casos juzgados por las SS 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 27 abril 1932.

4.º) En estas últimas sentencias, se imputa, pues, el legado a la cuota hereditaria forzosa. Pero ello no significa que se afirme la doctrina de que el legitimario, que quiera hacer valer sus derechos como tal legitimario, *necesariamente* haya de soportar el legado (y el carácter de sucesor a título particular). Las sentencias parten de supuestos en que no constaba que el legitimario favorecido con el legado hubiera

(83) Como cabe que el heredero forzoso a quien se ofrece por título de donación —no obstante el art. 815 C. c.— algo por legítima, se niegue a aceptarlo.

renunciado al legado para hacer valer sólo su carácter de heredero forzoso. En cambio, por S. 11 enero 1950 (en relación con el cónyuge viudo), se declara que «el causante no pudo enfrentarse válidamente con la Ley» y que «no es indiferente que la atribución se efectúe en concepto de herencia o en el de legado».

¿Cuál es, pues, la situación del legitimario favorecido con el legado? El legitimario continúa siendo llamado como heredero forzoso a una porción hereditaria. El mismo artículo 815 C. c. (y también el art. 817) presuponen que, con independencia de la voluntad del testador, el legitimario sigue teniendo por Ley derecho a la legítima en concepto de *heredero forzoso*. Este llamamiento ha de coexistir con la institución de heredero y demás disposiciones testamentarias (no hay preterición); pero sólo en cuanto éstas sean compatibles con aquél, porque, en otro caso, prevalece el llamamiento del heredero forzoso (anulándose las disposiciones que se enfrenten con la legítima). Veámos ahora las distintas posibilidades que tiene el legitimario favorecido con un legado:

- a) El legitimario renuncia a la herencia y acepta el legado. Entonces tendrá sólo las facultades del legatario.
- b) El legitimario renuncia al legado y acepta la herencia (la legítima). Se producen entonces los peculiares efectos del llamamiento forzoso, en relación con todos los bienes hereditarios.
- c) El legitimario acepta la herencia y el legado. Entonces concurren en él las dos calidades, la de heredero y la de legatario. Estamos ante un prelegado. En principio, los legados no se imputan a la legítima (cf. art. 1.037 C. c. y S. 21 febrero 1900) (83 bis). El artículo 815 parte de la hipótesis, excepcional pero frecuente, de que hayan de imputarse a la legítima, por darse claramente, en el supuesto, la voluntad del testador de «reducir al importe del legado» (cf. S. 21 febrero 1900) la participación legitimaria. La situación, entonces, del legitimario es la del heredero a quien el testador asigna un legado a cuenta de su cuota hereditaria (cf. art. 1.037 C. c.) (84), (85). El heredero-legatario tiene, de momento, sobre el conjunto de la herencia, las mismas facultades que los demás herederos, cualquiera que sea el importe del legado. Goza, en particular, de la acción de complemento (a la cual nos hemos referido en 7.º). Insistimos, ahora, en que la acción que se ejercita al amparo del artículo 815 C. c. no se ejercita,

(83 bis) Por ej., legado hecho a los nietos que pasan a ser legitimarios en aplicación del art. 761 C. c.

(84) Si el legado se hubiera hecho no a cuenta sino en lugar de la cuota hereditaria forzosa, la aceptación del legado sólo podría hacerse renunciando, a la vez, a la herencia forzosa. Puede ocurrir que no haya propiamente legado sino asignación particional del testador; entonces la posición del legitimario respecto de tal asignación será la que le corresponde respecto de la partición (en este caso, parcial) del testador (la cual será examinada después).

(85) Se trata de un legado modalizado por su especial causa. Sin duda goza de preferencia —como defiende ROCA, *Naturaleza,...* pág. 205—, incluso frente a los legados remuneratorios.

según el mismo tenor del precepto, como legatario o sucesor a título particular, sino como *heredero forzoso* y para obtener el complemento de la *porción* a que tiene derecho como tal heredero forzoso (cf. artículos 815 y 806 C. c.). En su día, cuando el heredero, con la recepción del legado (y en su caso del complemento), tenga satisfecha su cuota, no por eso habrá dejado de ser heredero, y *heredero forzoso*. (Sobre la trascendencia que tiene este legado en las relaciones entre colegitimarios, cf. nota 87).

Finalmente queremos señalar que cuando el legado hubiere, en su caso, quedado sin efecto (cf. art. 869 C. c.), podrá no haber preterición (de consecuencias siempre drásticas, antes de la Ley 13 mayo 1981), pero no quedará impedido, tampoco, el juego del llamamiento forzoso del legitimario (85 bis).

V. EL CARÁCTER QUE DE HEREDERO TIENEN LOS «HEREDEROS FORZOSOS»

A. *Indicaciones generales*

Hemos dicho que el Código les da el carácter de herederos: unas veces (las más) les llama herederos forzosos, y otras, simplemente, herederos (cf. art. 822 en relación con el art. 821 C. c.). Y les llama a la herencia (a una parte de ella) (cf. III, A).

Tienen, pues, el *título o cualidad* de herederos (cf. arts. 999 y 1.531 C. c.). Es decir, el título o cualidad, en sí intransferible, aunque el legitimario venda su herencia (cf. arts. 1.531 y 655-I C. c.)— de continuadores del difunto en la esfera jurídica, patrimonial y no patrimonial, que de él persiste.

1. *Consecuencias no patrimoniales*.—Como dice la S. 22 mayo 1950, la herencia no tiene un simple carácter económico: el art. 659 establece que la herencia comprende, además de bienes materiales, «derechos, acciones y aun obligaciones que no pueden, en múltiples ocasiones, valorarse económicamente»; y de ahí concluye la sentencia que un legitimario preterido puede pretender judicialmente que se le reconozca su carácter de heredero forzoso, aunque no existan bienes materiales.

Son muchos los supuestos no patrimoniales para los que se faculta especialmente a los herederos, y entre ellos, por tanto, a los herederos forzosos. Es más, a veces, y como ya hemos dicho, sólo los herederos forzosos son los únicos legitimados. Así, a los herederos, les incum-

(85 bis) La relación de casos en que el llamamiento forzoso se manifiesta nítido, con sus peculiares reglas, no es exhaustiva. Otros supuestos:

1.^º Habiendo descendientes o ascendientes del causante, son ellos los llamados a la sucesión abintestato. El cónyuge viudo es llamado sólo por su legítima (cf. arts. 930 y 834; 935 y 837).

2.^º Cuando faltan los descendientes y los ascendientes y el cónyuge está excluido de la sucesión abintestato, cabe que persista sólo el llamamiento forzoso por la cuota vitalicia usufructuaria (cf. arts. 945 y 834).

be la protección de los bienes de la personalidad del difunto, en la medida en que estos bienes tienen una protección «post mortem» (86). Les incumbe, pues, la defensa de la identidad contra las suplantaciones o las negaciones de la personalidad del fallecido; la defensa de sus apellidos (cf. arts. 203 y 207 R.R.c.); la defensa penal del honor (cf. art. 466 C. p.); el ejercicio del derecho de rectificación respecto de las informaciones difundidas por cualquier medio de comunicación (cf. Ley 26 marzo 1984); la defensa de la paternidad e integridad de la obra intelectual del difunto; la facultad de decidir la no publicación de la obra intelectual (cf. art. 44 L.P.I.). También tienen legitimación especial para el ejercicio de diversas acciones y facultades que, en relación con el estado civil y el Registro Civil, correspondían al causante cuando vivía (cf. arts. 130, 132, 133, 136, 141, 835 C. c.: 24, 47 L.R.c., 22, 76 y 346 R.R.c.). En determinados supuestos están legitimados, activa o pasivamente, en relación con la acción de revocación de donaciones por ingratitud del donatario (cf. art. 653 C. c.); o para accionar, en su caso, por el incumplimiento del modo a que estén sujetas las disposiciones testamentarias; o para sostener que determinado llamado a la herencia es indigno de suceder (aunque en ello, por razón de los llamamientos, no tengan interés patrimonial). Es a los herederos —y, en su caso, también a los herederos forzosos— a quienes incumbe, si no hay albacea, la ejecución de la voluntad del testador (cf. art. 911 C. c.). Cumplir esta voluntad no tiene en sí significado patrimonial, aunque las disposiciones sean patrimoniales: legados, disposiciones en favor del alma (cf. art. 747 C. c.). Con mayor razón no tendrá significado patrimonial si las disposiciones del testador no tienen carácter patrimonial: encargo de pedir perdón, órdenes sobre el destino del propio cuerpo (transplantes, lugar de enterramiento, incineración, sufragios y funeral).

2. *Consecuencias patrimoniales.*—En el aspecto patrimonial, los herederos forzosos puesto que son herederos, son sucesores a título universal (cf. art. 660 C. c.) y «suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661 C. c.). Los herederos —también, pues, los herederos forzosos— sustituyen al causante en la titularidad de su patrimonio convertido en herencia (cf. art. 659 C. c.). Suceder a título universal no es recibir todos los bienes (cf. art. 891 C. c.), sino ocupar en el *patrimonio* la posición que tenía el causante: la causa de la adquisición de cada bien concreto sigue siendo la misma causa (venta, permuta, donación, etc.) por la que se adquirió por el causante; el heredero sólo es deudor, respecto de cada deuda, en cuanto nuevo titular del patrimonio al que las deudas afec-

(86) Se aparta de este criterio la L.O. 5 mayo 1982, pues atribuye el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida a otras personas: a las especialmente designadas por el difunto y a los próximos parientes. También se aparta de este criterio la Ley 21 junio 1980 sobre autopsias clínicas. Como se ve arriba, el criterio ha sido seguido, en cambio, por otra Ley posterior, la de 26 marzo 1984 sobre rectificación de informaciones.

tan. En los efectos que pervivan de las relaciones contractuales del causante (cf. art. 1.257 C. c.) o de los procesos en que fue parte el causante (cf. art. 1.252 C. c.), el heredero ocupa el lugar del causante. Incluso el heredero adquiere *ipso jure* la posesión (art. 440 C. c.) —posición civilísima—, con la consiguiente protección interdictal (art. 446) y sin que quiebre la continuidad de la posesión a efecto de la prescripción (cf. arts. 440, 442 y 1.934). El heredero puede ejercitar el *jus delationis* del causante (cf. art. 1.006).

Por la sucesión el heredero forzoso, como cualquier otro heredero, pasa a sustituir *compartidamente* con los demás herederos la titularidad del patrimonio hereditario en cuanto *unidad abstracta* de bienes y obligaciones. En cuanto legitimario, sólo adquiere una «pars» de la herencia. No siempre se entendía en Derecho común que el llamamiento a una *pars hereditatis* fuera por sí (*pars*) de carácter universal. Estos escrúpulos no valen en un sistema como el nuestro que admite que la sucesión pueda deferirse sólo en una *parte*, por la voluntad del hombre (cf. art. 658 - III C. c.), y, más concretamente, que la institución de heredero no comprenda la totalidad de los bienes (cf. arts. 764 y 912-2.º C. c.). Lo importante para calificar de universal a la sucesión es que el llamado pase a sustituir al causante —sólo o compartidamente— en la titularidad del patrimonio hereditario.

B.—*Los distintos ámbitos de bienes que se consideran hereditarios a efectos de la legítima, y la responsabilidad de los legitimarios por las deudas del causante.*—Ocurre que a la muerte del causante, habiendo legitimarios, pueden existir dos grupos de bienes en los que el legitimario va a suceder *como heredero*: los bienes integrantes del patrimonio que tenía el causante *al fallecer* (la herencia propiamente dicha: artículo 659 C. c.) —en los que la participación en los bienes *concretos* será menor cuanto mayores sean las donaciones imputables recibidas por el legitimario—, y los bienes que, *en concepto de bienes hereditarios*, pasen, en su caso, al heredero forzoso a consecuencia de las acciones de reducción de donaciones.

En relación con los bienes integrantes del patrimonio hereditario, el legitimario tiene, como heredero, en un primer estadio, la titularidad compartida con los demás herederos. En un segundo tiempo —hecha la liquidación y partición de la herencia—, el legitimario tiene la titularidad exclusiva sobre su porción hereditaria de bienes.

En cambio, los bienes que fueron objeto de donaciones nunca forman una masa común de titularidad compartida entre herederos y legitimarios. Pero la cualidad *hereditaria* de los bienes que se reciben por la reducción justifica que todos los bienes donados sean considerados —a efectos de precisar la cuantía de las legítimas— *como formando parte del haber hereditario* del causante (cf. arts. 808 y 809 C. c.), o, incluso, de la *herencia* (cf. arts. 809, 820-3.º, 837, 838 C. c.), en un sentido, claro es, muy amplio, pero no simplemente contable.

Pero insistimos en que tanto los bienes integrantes del patrimonio del causante como los que se reciben si se ejercitan las correspondientes acciones de reducción de donaciones pasan al legitimario en virtud

de la sucesión universal. Es decir, incluso los que se adquieren tras la reducción de las donaciones no se reciben directamente del donatario. Por el contrario, ha de entenderse que la donación pierde, en lo necesario, eficacia y los bienes, *como bienes que vuelven a estos efectos al donante*, pasan al sucesor universal. Con la trascendencia que esta precisión tiene a múltiples efectos: título para la usucapión en su caso; título para la acción reivindicatoria; el sucesor tiene la consideración de parte misma en el título (compra, permuta, etc.) por el que el causante hubiere adquirido el bien; etc.... También, entre los co-legitimarios los bienes recibidos por causa de la reducción de donaciones forman parte del *respectivo haber hereditario*; con la consiguiente trascendencia a efectos de la obligación recíproca de saneamiento (cf. art. 1.071 C. c.), o de la responsabilidad proporcional entre ellos si uno hubiese pagado a un acreedor por cuantía superior a lo que corresponda a su participación en la herencia (cf. art. 1.085-II C. c.) (cf. nota 87).

Los dos grupos de bienes señalados —los que en definitiva recibe para sí del patrimonio hereditario y los que reciba por la reducción de donaciones— integran el respectivo *haber hereditario* de cada legitimario. Pero los bienes recibidos por la reducción de donaciones no son *herencia* a efectos de los acreedores del difunto.

El artículo 655-III C. c., en congruencia con estas ideas, señala que los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella. Es importante insistir en este precepto. Los bienes recibidos a consecuencia de la reducción no forman parte de la herencia —la propiamente dicha— o patrimonio especialmente afecto a las deudas del causante. El artículo 655-III C. c. está, a la vez, suponiendo que los demás bienes hereditarios, los del patrimonio del causante (los bienes de la herencia propiamente dicha) —y sea que los legitimarios estén en la fase de indivisión, sea que hayan recibido ya la porción de ellos tras la partición—, sí están sujetos a la acción de los acreedores.

En relación a las deudas, la posición del legitimario es la misma que la de cualquier otro heredero: como sucesor universal que es, sucede al causante en las deudas (cf. arts. 659, 660, 661 C. c.). Está, pues, pasivamente legitimado en las reclamaciones de los acreedores.

Si rige el beneficio de inventario, sólo responde con los bienes de la *herencia* (art. 1.023-1º C. c.). Hecha la partición, «los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos hasta donde alcance su *porción hereditaria*» (art. 1.084 C. c.). Se entiende —por lo ya dicho— que los bienes recibidos por la reducción de donaciones no integran estas masas de responsabilidad.

Si no rige el beneficio de inventario, responden *ultra vires*, como los demás herederos (cf. arts. 1.003 y 1.084 C. c.). Y si uno de ellos paga más de lo que le corresponde por su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional (cf. art. 1.085 C. c.) (87).

(87) ¿Cómo responden de las deudas los legitimarios que han recibido, en concepto de legítima, bienes por un título singular? El problema ha sido plan-

El Tribunal Supremo supone en sus sentencias que los herederos forzosos responden de las deudas hereditarias como los demás herederos. De estas premisas parten las sentencias que estiman que determinado heredero forzoso, el cónyuge viudo, no responde, en cambio, de las deudas del causante, porque es llamado de modo singular al disfrute temporal de determinada porción hereditaria. A veces de modo explícito se declara, *obiter*, en estas sentencias (por ejemplo, S. 4 julio 1906) que los *herederos forzosos universales* suceden en todos los derechos y obligaciones y responden, en su caso, conforme a lo previsto por el artículo 1.084 del Código civil (88) (véase también sentencias anteriores al Código citadas en nota 25).

teado especialmente en relación con la mejora, cuando se renuncia a la herencia y se admite la mejora (cf. art. 833 C. c.). Según MORELL Y TERRY (*Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1984, págs. 43 y sigs.), como porción reservada por la Ley a determinados *herederos* (art. 806), «la mejora no debe considerarse nunca legado; y por tanto el mejorado tiene la condición de heredero» (pág. 43). «Induce a creerlo así la consideración de que la mejora como porción de bienes es una parte de la legítima» (pág. 43). La mejora es una parte de la herencia, y no puede decirse que la renuncia en absoluto el que toma una parte, y porque dicho art. 833 toma su disposición de la Ley 21 de Toro, y ésta claramente hacia responsable al mejorado de esas deudas posteriores (*a la concreción de la legítima, previa liquidación de las deudas conocidas*), aunque renunciase su legítima» (página 54). «Si se estimara como manda o legado, estaría en manos del testador perjudicar a sus acreedores, reduciendo o limitando la parte responsable de las obligaciones que existiesen contra él, y no se incluyesen con o sin malicia en la partición» (pág. 43).

En la doctrina se ha discutido, después, si, en efecto, el mejorado que renuncia a la herencia responde como el heredero, si responde siempre *intra vires*, o si no responde nunca directamente frente a los acreedores del causante (cf. las distintas posiciones en VALLET, *Com.*, art. 833, págs. 404 y sigs.).

El problema podría plantearse de igual modo con los legados que el legitimario recibe en concepto de legítima (cf. art. 815 C. c.), cuando el legitimario acepta el legado y renuncia a la herencia.

Parece que puede concluirse que los legitimarios, no obstante haber recibido bienes (por título singular) en *concepto de legítima*, pueden renunciar a su carácter de heredero (cf. arts. 833 y 890). Entonces, en cuanto a esos bienes, el legitimario será considerado, *respecto de los acreedores*, como el extraño que sea adquirente a título singular, pues el carácter de heredero no está dispuesto por la Ley en provecho de los acreedores sino de los legitimarios (aunque apunta otro criterio la S. 11 enero 1950).

Pero, en cambio, *respecto de los demás legitimarios*, siguen siendo, en cuanto a los bienes que reciben por legítima o por mejora, partícipes de la legítima. La situación de cada legitimario respecto del total de la legítima no puede ser menoscabada por el arbitrio del testador (que asigne porciones de legítima a título particular). En consecuencia, si un heredero forzoso paga, él sólo, con cargo a su legítima a un acreedor del causante podrá reclamar de los demás legitimarios su parte proporcional (cf. art. 1.085). La antigua doctrina según la cual la mejora es legítima respecto de los extraños pero no respecto de los descendientes nunca fue recibida, como vimos, en términos absolutos. El tercio de mejora, aunque se disponga de él en este concepto, también es legítima respecto de los descendientes (cf. arts. 808 y 823 C. c.). Hoy ya no son legítima todos los bienes del testador excepto el quinto. Pero la parte que es legítima (si se trata de descendientes, los dos tercios) no puede dejar de serlo en favor de un legitimario y en perjuicio de los demás.

De modo análogo deben resolverse los problemas de saneamiento entre legitimarios (cf. art. 1.071 C. c.).

(88) No puede invocarse, en contra, la S. 14 marzo 1916: se trataba de un

C. Compatibilidad del artículo 818 C. c. con el carácter de heredero del legitimario.—Nos referimos especialmente a este artículo porque, basándose en él, se dice que «una cuota parte del activo líquido más lo donado no es posible que sea conceptuado como *pars hereditatis*» (89) y se niega, en consecuencia, que en nuestro Derecho el legitimario sea heredero.

Pero no creemos que este artículo esté en contradicción con los numerosos que asignan al legitimario el carácter de heredero. Cualquiera que hubiere sido la solución sobre la naturaleza de la legítima, siempre sería necesario un precepto de carácter contable de términos similares si la legítima se determina como la parte de que el testador no ha podido disponer. La colocación del precepto «entre el artículo 817, que impone la reducción de las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima, y los artículos 819 y ss. que regulan de qué modo debe llevarse a cabo esa reducción», parece indicar que su *ratio* fue «determinar qué legados y donaciones eran inoficiosas» (90); es decir, determinar la parte de que el causante ha podido disponer por testamento o por donación (cf. art. 636 C. c.). Y naturalmente, para conocer este ámbito económico de disponibilidad del causante no puede sumarse en bruto lo por él donado (libre ya de las deudas de la herencia) con lo que había dejado al morir (sujeto a las deudas que tuviera), pues los bienes dejados al morir, en la medida en que sufren la carga de las obligaciones, están fuera, en un sentido económico, de la libre disponibilidad del causante. Se suma sólo el activo líquido dejado al morir (cf. S. 24 de junio de 1927). Es, pues, la necesidad de determinar, conforme a las pautas legales, el ámbito de la libertad de disposición —y no otra razón (91)— la que ha hecho que en el artículo 818 se hable de activo líquido.

El artículo, aunque se refiere a la determinación de la cuantía de la legítima, implícitamente se refiere también —por exclusión— a la determinación de la cuantía de la parte de libre disposición y ni priva del carácter de heredero al que hubiere sido instituido como tal *en la parte de libre disposición*, ni priva, tampoco, del carácter de heredero al que por Ley lo es con carácter forzoso.

legitimario *sujeto al Derecho catalán*. La S. 22 noviembre 1910, sobre si en un caso de Derecho catalán los legitimarios tienen el derecho de deliberar, se declara que sí lo tienen y en términos tales que, con mayor razón, se habría declarado también respecto del legitimario sometido al Código civil.

Sin embargo, en S. 10 enero 1920, respecto de un caso en que los acreedores del causante (que eran, también, los nietos mejorados en el 1/3 de la herencia) no habían demandado al legitimario (ni siquiera en concepto de cotitular de la herencia todavía no liquidada), se dice, *de pasada*, que el crédito no puede reclamarse al legitimario «que sólo hereda la legítima estricta, que la Ley no autoriza que se merme y grave en forma alguna».

(89) VALLET, *Com.* art. 806, pág. 17. Análogamente, antes, ROCA, pág. 197.

(90) Así lo precisa VALLET (*Com.* art. 818, pág. 220), a otro objeto.

(91) Como podría ser la de excluir, a los legitimarios, de la responsabilidad por las deudas del causante.

En sentido análogo, G. GARCÍA VALDECASAS, págs. 963 y sigs.

D. *Compatibilidad del carácter de heredero con el hecho de que el contenido de la legítima pueda resultar enteramente cubierto con la imputación de donaciones, o con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones.*

Según Vallet (93), «significaría una contradicción que un contenido totalmente cubierto con la imputación de donaciones, o que se cubriera enteramente con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, fuera *pars hereditatis*, y que el legitimario tuviera que responder solidariamente de las deudas del caudal inherente a toda *pars hereditatis*».

Los supuestos de contradicción podían haberse completado con el supuesto en que, sin que haya habido donaciones, sea negativo el saldo de la herencia; al no resultar residuo, también el contenido de la legítima está cubierto, esta vez con cero. ¿Cómo decir entonces, que la legítima es «*pars hereditatis*»?

Mas esta aparente contradicción se da siempre respecto de todo heredero —voluntario, abintestato o forzoso— cuando nada ha de percibir, en definitiva, porque la herencia no tiene residuo. ¿Cómo decir, entonces, que el heredero tiene una *pars hereditatis*?

En primer lugar, debe recordarse que el título o cualidad de heredero tiene efectos más amplios que el de la sucesión en el patrimonio del causante. Recuérdese lo sentado en la S., ya citada, de 22 mayo 1950; dado el alcance no patrimonial del carácter de heredero, un legitimario puede pretender que se le reconozca su carácter de heredero forzoso aunque no existan bienes materiales (véanse en V,A,1, las consecuencias no patrimoniales del título o cualidad de heredero). Pero es que, además, en cuanto a los efectos patrimoniales, tiene, también, en esos casos, sentido la sucesión universal. La sucesión universal opera, en bloque, sobre la herencia, *unidad abstracta*. La expresión *pars hereditatis* alude no a un contenido económico *concreto y positivo*, sino a una *participación* (94) en la titularidad de esa unidad *abstracta* que es la herencia o patrimonio hereditario. El legitimario, como cualquier otro heredero, *participa*, desde la aceptación, en la titularidad, aunque después, tras las operaciones de liquidación y partición, no perciba nada o tenga un saldo negativo (como le puede ocurrir a cualquier otro heredero). El carácter de partícipe de esa unidad abstracta determina la legitimación activa y pasiva, en la gestión y defensa del patrimonio hereditario. Explica que una cuota hereditaria que al tiempo del fallecimiento del causante no podía tener contenido económico positivo (porque eran más las deudas que los bienes) lo pueda adquirir después (revalorización de los bienes, adquisiciones por accesión o por usucapión, prescripción de las deudas o de las cargas reales, etc.). Realizada la partición, sigue funcionando la idea de coparticipación en la unidad *abstracta*, con la consiguiente

(93) VALLET, *Com.* art. 806, pág. 17.

(94) Que no es necesario, para todos los efectos (ni siquiera para los más importantes), que esté concretada aritméticamente desde el principio.

trascendencia respecto de los bienes y deudas que aparezcan después y respecto de las relaciones mismas que entre los copartícipes origina la partición o el pago que realice uno sólo de la deuda que sea hereditaria.

Es una máxima tradicional que «no hay herencia sino en el residuo» (cf. P. 7, 33, 8) (como también es una máxima tradicional que «no hay legítima sino en el residuo»). Tal máxima significa en el sistema castellano que los bienes hereditarios están especialmente afectos a las deudas del causante y que no se incorporan enteramente al patrimonio *personal* del heredero, mientras no se hayan pagado las deudas a que los bienes hereditarios están afectos (95). Pero porque no haya, después, residuo no puede negarse que se ha producido la sucesión universal.

Algunas palabras más en relación con los concretos supuestos de contradicción señalados:

Primer supuesto: La legítima está enteramente cubierta con la imputación de donaciones. El supuesto no es peculiar de la legítima o cuota hereditaria a que por Ley está llamado el heredero forzoso como tal heredero forzoso. También puede darse en otros supuestos en que nadie discute que estamos ante herederos y que, como tales, tienen una *pars hereditatis*. De la colación prevista en el artículo 1.035 C. c. puede resultar que el heredero —en la sucesión voluntaria o abintestato y sin que se plantee ninguna cuestión de legítimas— no haya de tomar nada de la masa hereditaria (cf. art. 1.047 C. c.). Estos resultados son consecuencias concretas de la liquidación de la herencia que no menoscaban el carácter de heredero o sucesor universal, con las consecuencias ya vistas (96).

Segundo supuesto: La legítima está enteramente cubierta con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones. Podemos invocar aquí también lo que acabamos de decir para el supuesto anterior: el resultado *concreto* no menoscaba los efectos del carácter de heredero, y entre ellos el de ser cotitular de la unidad *abstracta* que es la herencia. Pero, en seguida, debemos agregar que el carácter de heredero (de legitimario) es, en primer lugar, presupuesto para el ejercicio de la acción de reducción (cf. art. 655 y 654-II, 819-II y arts. sigs., C. c., que mencionan los que pueden ejercitárla, y que, en este aspecto, explicaremos después) y, en segundo lugar, tal carácter de *heredero* es —como hemos dicho ya— la idea clave para explicar el concepto y régimen de la sucesión sobre estos bienes que recibe el legitimario.

(95) Cf. M. PEÑA, *La herencia y las deudas del causante*, I.N.E.J., Madrid 1967, págs. 67 y sigs., 106 y sigs. 128 y sigs.

(96) Con relación a la colación prevista en el art. 1.035 C. c., VALLET no duda de que el heredero forzoso que, a consecuencia de la colación, nada recibe —o incluso que ha de devolver algo— sigue siendo heredero y responde ilimitadamente de las deudas del causante: *Estudios de Derecho Sucesorio*, IV, Madrid, 1982, pág. 541.

VI. EL CARÁCTER DE HEREDERO COMO CLAVE PARA CONOCER EL REGIMEN DE LA SUCESIÓN DEL LEGITIMARIO.

Una fuerte objeción frente a las doctrinas que niegan el carácter de heredero al legitimario es que abre en el sistema del Código Civil una inmensa laguna sobre la singular figura del legitimario (puesto que no es heredero ni legatario). El Código estructura el sistema sucesorio sobre la distinción heredero-legatario (cf. art. 660 C. c.) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los codificadores— habría omitido la regulación de la figura del legitimario. En la tradición castellana y visigótica el hijo por ser hijo era el heredero normal, lo que venía a coincidir con la expresión de San Pablo (cf. nota 46), tan repetida por nuestros clásicos, «*si filius est ergo heres*». Tras el Código Civil, los derechos que contra el testamento tenga el hijo, *por serlo*, vendría a ser una de las situaciones anómalas e innominadas: un legado legal, una *mortis causa capio*. Con lo que quedarían sin solución directa una multitud de cuestiones (que, en cambio, tienen clara solución si, como creemos, el legitimario tiene el carácter de heredero). ¿Cabe pensar que los codificadores cayeran en tanta imperfección?

Así habría de preguntarse si el legitimario, aunque no sea heredero, puede o no ejercitar las acciones y facultades de índole personal y que en defensa de la esfera personalísima del difunto correspondan por Ley a los herederos (cuando la Ley no cite expresamente a los legitimarios) (cf. V, A,1). Si adquieren la posesión civilísima (cfr. artículo 440 C. c.). ¿Es un tercero respecto de la adquisición que del bien hereditario, a él asignado, hizo el causante? Si el causante no tenía justo título para la usucapión, ¿tiene, no obstante, a estos efectos el legitimario la condición de adquirente con título como el donatario o el legatario?

Conforme a la tesis, según la cual el legitimario, como tal, no es sucesor universal, ni, por tanto, deudor, no respondería frente a los acreedores del causante si el testador se limita a dejar a salvo las legítimas. En cambio, sí respondería si le instituye, en cualquier cuantía, heredero, y cualquiera que fuere el importe de la herencia en relación a las deudas. ¿O es que cabe renunciar la herencia y aceptar la legítima? (97).

Pero es que, además, si la legítima no implica, por sí, sucesión en las deudas y en ningún precepto se impone al testador que nombre heredero al legitimario, lo que debería preguntarse hoy, bajo los criterios de la concepción que aquí se combate, es si sigue siendo posible que el testador pueda instituir heredero al legitimario —y sobre todo, a uno solo de los legitimarios—; pues instituirle heredero significa imponerle la sucesión en las deudas —y, en su caso,

(97) Así lo afirma GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios*, II, pág. 248, y ROCA SASTRE, *Naturaleza...*, pág. 205, nota 67. Afirmaciones que son contrarias a la doctrina tradicional del Derecho común: cf. VÁZQUEZ DE MENCHACA, II, 20, n. 212.

que él sólo quede directamente obligado a su pago— (cf. art. 1.084 C. c.). Mas el testador no puede imponer sobre la legítima *gravamen* de ninguna especie, como no sea los que por naturaleza implique la condición de legitimario.

También el régimen de la aceptación y repudiación de la legítima se encontraría con un immenso vacío legal. ¿Hay adquisición mientras no se repudie? ¿Rigen las reglas de la aceptación de la herencia? ¿Es posible la *transmisión* al legitimario del *jus delationis* del causante? ¿Cuál es la situación de los legitimarios en relación con los legatarios? (98), etc.

Las lagunas vuelven a reaparecer —si no creemos que la situación del legitimario es la del heredero— en cuanto a gran parte del régimen del llamado derecho hereditario y de la comunidad hereditaria. ¿Cuál es la posición del legitimario en el régimen de la venta de la herencia o del retracto de coherederos? ¿Puede ser nombrado contador-partidor? ¿Está hoy, *tras el Código* y no obstante lo que resulta de los arts. 1.038 y 1.039 L.E.C., legitimado siempre para promover el juicio de testamentaría? (99) ¿Se imputa a la legítima —a la respectiva cuota hereditaria— lo dejado en testamento (cf. artículo 1.037 C. c.)?

Problemas, todos, que tienen clara solución si, como creemos, el legitimario es heredero.

VII. EL CARÁCTER DE HEREDERO FORZOSO COMO CLAVE PARA CONOCER, EN PARTICULAR, EL SISTEMA DE ACCIONES PROTECTORAS DE LA LEGITIMA

A. *Indicación general.*—Los autores que no parten de que el legitimario es heredero forzoso nos arrojan al complejo conglomerado de acciones del Derecho común, producto del aluvión de la historia. Aparecidas, estas acciones, en épocas y con finalidades diversas, se resisten a un tratamiento armónico. Como ocurría en la doctrina misma del Derecho común, los distintos autores dan soluciones encontradas. Pero tampoco se respetan, ahora, los antecedentes. Se cuestiona hoy todo. Se discute la naturaleza de la *acción de complemento* y su mayor o menor alcance real, o si depende de los distintos supuestos, y por unos u otros se proponen ccmo plazos de prescripción

(98) En nuestra tesis, los legitimarios que no se atuvieron al estricto régimen liquidatorio que impone el beneficio de inventario responden, como herederos, *ultra vires* de deudas y legados (se entiende, una vez que éstos fueran reducidos si así lo impusiera la fijación de las legítimas). Lo que tiene gran interés si los bienes hereditarios se deprecian, se transmiten o desaparecen. Nótese que la responsabilidad por los legados no recae sobre los legitimarios porque la ordenó el testador (lo que no podría haber hecho: cf. art. 813 C. c.), sino porque ellos —cotitulares y coposeedores del patrimonio hereditario— no se atuvieron al estricto régimen liquidatorio previsto para el beneficio de inventario. Cf., sobre la cuestión, en la historia, de la responsabilidad por los legados lo dicho en nota 25. Y para el régimen vigente, M. PEÑA, *La herencia...*, pág. 162, nota (2).

(99) Cuestión planteada por LACRUZ (*Elementos*, V, § 351, pág. 437).

ción los treinta, veinte y quince años. Discusiones similares provoca la *acción de reducción de legados* y los plazos de prescripción propuestos son los de treinta, quince o cuatro años. En cuanto a la *acción por preterición*, ¿es de nulidad?, ¿es de anulación?, ¿es una acción rescisoria de carácter personalísimo? La cuestión sobre quiénes están legitimados activamente y sobre el plazo de prescripción tendrán distinta contestación según la respectiva opinión. Análogas cuestiones y contestación produce el examen de la *acción por desheredación injusta*. ¿Prescribe a los treinta, a los quince, a los cinco, a los cuatro años? En cambio, los *gravámenes, condiciones o sustituciones* impuestos por el testador sobre las legítimas se tienen por automáticamente nulos. Tratamiento diferente —y esta vez plenamente justificado— tienen las *acciones de protección de la legítima* contra los actos realizados en vida por el causante.

B. *El sistema de acciones que protegen al heredero forzoso.*— Creemos que el régimen del Código es más sencillo y también más justo y práctico que el que resulta de la atormentada historia del Derecho común. El heredero forzoso puede tener, como tal, derecho, según antes vimos, sea a bienes integrantes de la herencia propiamente dicha, sea a bienes que ya no eran del causante al morir éste. Respecto de los primeros, tiene la protección que los demás herederos: característicamente goza de la acción de petición de herencia (que, conforme al art. 816 C. c., podemos llamar, en el caso, acción de reclamación de legítima). Respecto de los bienes que no eran ya propiedad del causante, las acciones que protegen al heredero tienen carácter especial, porque con ellas no se pretende —como en la *petitio hereditatis*— hacer valer el título sucesorio respecto de los bienes que son ya hereditarios, sino hacerlo valer sobre bienes que sólo por el ejercicio de la acción y sólo a determinados efectos pasan a ser hereditarios.

1. *La reclamación por el legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos.* La acción de petición de herencia (de reclamación de legítima) puede tener, según creo y como ocurre en las acciones que protegen la propiedad, una finalidad puramente declarativa del carácter y alcance de la cualidad de heredero (título sucesorio) o también una finalidad restitutoria si los bienes hereditarios estuvieran ya en poder del demandado. Si el demandado había invocado en su favor una disposición de última voluntad del causante, será presupuesto de la reclamación la ineffectuacón de esta disposición. Siendo, como es, el demandante heredero *forzoso*, su título sucesorio de heredero arranca directamente de la Ley; por tanto, frente al heredero forzoso de nada pueden valer las disposiciones del testador que sean contrarias a la Ley, y ya haya preterición (cf. art. 814), ya disposiciones que mengüen o graven la legítima (cf. arts. 813, 815, 817 sigs., 824, 831, 863-II, 877, 782, 1.037, 1.038, 1.056, 1.070-1.º, 1.075 C. c.), ya desheredación sin atenerse a las exigencias legales (cf. art. 851 C. c.).

¿Qué característica tiene esta ineffectuacón?

a) En primer lugar, se trata de una ineffectuacón que la Ley establece sólo en protección del heredero forzoso. Sólo es el heredero forzoso el

que puede reclamar su herencia. Cuando proceda, será presupuesto necesario de la efectividad de la reclamación de la legítima la petición de la nulidad, *total o parcial*, de una disposición testamentaria que, en cuanto contraria al llamamiento forzoso del legitimario, *para éste* no es más que un título aparente. Pero si el legitimario repudia, renuncia a su derecho (99 bis), o éste prescribe, el llamamiento testamentario quedará consolidado, pues a su plena eficacia sólo se oponía por la Ley el derecho del legitimario. Desde este punto de vista se puede decir que la legítima actúa como una *limitación* en cuanto el llamamiento forzoso comprime los efectos que, de otro modo, tendrían las disposiciones testamentarias. La Ley más que establecer una nulidad absoluta lo que decide es una colisión de derechos, dando preferencia absoluta al heredero forzoso. De ahí que, en diferentes preceptos, esta acción de nulidad se reserva al propio heredero forzoso: cf. art. 814, *fine*, 815, 817, C. c.

También están legitimados, en cuanto ocupan, a estos efectos, el lugar de los herederos forzosos, «sus herederos o causahabientes» (cf. art. 655 C. c., *a fortiori*, y S. 11 octubre 1943); y también los acreedores de los herederos forzosos (por lo mismo que están legitimados para aceptar, por ellos, su herencia, cf. art. 1.001 C. c.) (arts. 1.111, 1.911 y S. 3 octubre 1979) (100).

La acción, —como en general los diversos derechos que corresponden al heredero— es renunciable (cf. arts. 6.^o-II y 655-II (*a fortiori*) C. c.) (101). Es la renuncia en vida del causante la que no es posible (cf. art. 816 C. c.).

b) Se trata de una ineeficacia *ipso jure*: desde el principio el llamamiento voluntario no produjo efectos *frente* al llamamiento forzoso (cf. art. 763-II C. c.). En la colisión de llamamientos prevalece el *forzoso*. No es la sentencia la que produce la *anulación* de la disposición testamentaria, sino que simplemente declara la preferencia originaria del llamamiento forzoso y la consiguiente nulidad originaria, *total o parcial*, de la disposición testamentaria en cuanto esté en contradicción con el llamamiento forzoso, cuya fuerza preferente arranca de la Ley desde la apertura misma de la sucesión. Las valoraciones de los bienes en su caso necesarias para determinar el alcance de la extra-limitación del testador se hacen con referencia al día de la muerte —en el que los llamamientos sucesorios fueron efectivos— y no con referencia al día de la sentencia o al día de la interposición de la demanda.

c) La posibilidad de pedir la prevalencia del llamamiento forzoso dura lo que la *petitio hereditatis*, es decir, lo que la facultad de hacer

(99 bis) O asiente a la partición en que se da validez a la disposición hereditaria (R. 30 junio 1910).

(100) Sobre las facultades, en general, de los acreedores del legitimario. cf. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum*, Lugduni, 1672, P. II, c. 16, ns. 3 y sigs. (pág. 507).

(101) Sobre la jurisprudencia que admite la renuncia o transacción, en los casos de preterición o desheredación injusta, VALLET, *Com.* art. 814, págs. 167 y sigs.

valer el título o cualidad de heredero. En particular, no creo que tenga suficiente fundamentación la aplicación de unos u otros plazos de caducidad —materia esta de interpretación estricta— según una casuística de acciones que creemos superada. Sin que, con la doctrina que exponemos, se amplíen exageradamente los períodos de incertezas, pues frente a la reclamación tardía, pueden entrar en juego otras instituciones de protección de la seguridad jurídica: la doctrina de los actos propios; la del ejercicio extemporáneo de la acción (cf. art. 7.º-I C. c. y S. 21 mayo 1982); la prescripción o la usucapión en relación con los singulares bienes o derechos reclamados; las normas sobre protección de terceros adquirentes de bienes muebles o inmuebles; la protección al que paga de buena fe (cf. art. 1.164).

La sentencia estimatoria de la petición del heredero forzoso declarará el carácter y alcance de la cualidad de heredero forzoso y, consiguientemente, la nulidad, total o parcial, de la disposición testamentaria que se oponga a ello, v. gr., el legado en cuanto sea inoficioso, o la desheredación injusta, o la institución u otras disposiciones en cuanto perjudiquen la legítima. Cuando la relación jurídico procesal quedó adecuadamente constituida, la sentencia, en cuanto declara la nulidad, total o parcial, de las disposiciones testamentarias, «es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado» (cf. art. 1.252-II C. c.) y pasa a integrarse formalmente con el título de la sucesión (cf. art. 14 L.H.). Si la liquidación y partición de la herencia aún no se hubiere efectuado, estas operaciones habrán de atenerse a dicho título sucesorio. Si las disposiciones testamentarias se hubieran cumplido, procederá la restitución en cuanto sean declaradas nulas. Respecto de la partición realizada surge la cuestión —que no podemos tratar aquí— de conocer hasta qué punto es sólo rescindible o rectificable, o, más bien, nula por tratarse de partición que se basa en títulos en parte nulos (cf., sobre todo, la doctrina surgida sobre el art. 1.080 C. c.).

2. La reclamación por el legitimario cuando afecta a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste: La cuestión se plantea fundamentalmente (102) con las donaciones inoficiosas. La donación tiene

(102) También, en protección del legitimario, está establecido:

— La impugnabilidad de los actos realizados en fraude de las legítimas. La sanción de nulidad por causa ilícita, que, a veces, da la jurisprudencia es excesiva: ni se conviene con el art. 1.306 que la nulidad pueda ser invocada por el heredero voluntario, ni esta sanción guarda congruencia con la sanción (rescisión) de los actos realizados en fraude de acreedores (el fraude sólo se hizo a una legítima *futura*), ni tampoco con el régimen de las mismas donaciones inoficiosas (en las que hoy no se distinguen según hubiera o no intención de fraude en el donante). Son admirables las páginas que ha escrito VALLET sobre protección de los legitimarios frente a las disposiciones del causante, a título oneroso, viciadas de fraude o simulación: últimamente, en *Las Legítimas*, II, págs. 1182 y sigs. y *Panorama del D. de s.*, I, págs. 670 y sigs.

— La inoponibilidad de la confesión, o del reconocimiento de derechos, en cuanto perjudique a la legítima: cf. arts. 1.232-II y 1.324 C. c.

— La inoponibilidad igualmente de la doctrina de los actos propios del causante (cf. G. LÓPEZ, P. 5,13,24, gl. 10) (SS. reiteradas: por ej., 12 abril 1944, 30 mayo 1968, 16 abril 1973).

plena eficacia respecto del donante: los bienes han dejado de pertenecerle y, por tanto, no forman parte de su herencia en sentido propio (cf. art. 659 C. c.). Pero, muerto el donante, la donación, en cuanto sea inoficiosa, pasa a ser un título especialmente débil, porque el heredero forzoso, como tal, puede exigir —en defensa de su legítima— que se declare la prevalencia de su título sucesorio frente al título del donatario y que, en consecuencia, los bienes sean considerados, en beneficio del legitimario accionante, bienes hereditarios (con las pecularidades que ya vimos, es decir, sin confundirse con la herencia propiamente dicha).

a) *¿Tiene el donatario sujeto a la reducción de la donación, una posición más fuerte que el legatario sujeto a la reducción del legado?* La reducción de donaciones se rige especialmente por las disposiciones contenidas en los artículos 636, 654 a 656, 818 (en cuanto determina la cuantía de lo que el donante puede dar por testamento), 819-III, 820, 821, 822, 1.036, 1.038, 1.042, 1.044, 1.187 y 1.188 C. c. Entre ellos, el art. 654-II C. c. se remite a determinados artículos (arts. 820 y 821) que también se refieren a la reducción de legados. Pero de estos artículos no puede derivarse una asimilación integral. Mientras que el legado, en cuanto perjudique a la legítima reclamada, no ha tenido ningún efecto —ineficacia *ipso jure*—, la donación, en cambio, ha sido perfectamente eficaz «durante la vida del donante». ¿Pasa, a la muerte del donante, a tener una consideración análoga a la del legado inoficioso? García Goyena parece entender que la nulidad, total o parcial, de la donación inoficiosa se produce, en su caso, por el hecho mismo de abrirse la sucesión —por la muerte del donador— y «desde este mismo instante pasan el dominio y posesión de los bienes» (cf. García Goyena, *Concordancias*, art. 971). Pero no parece que haya prevalecido esta opinión en el texto positivo vigente (103), pues el donatario sigue haciendo suyos los frutos hasta la interposición de la demanda (cf. art. 651 C. c.) y, además, ni siquiera están legitimados para la acción de reducción todos los que traen causa de los herederos forzados (como veremos). Parece, pues, —y en esto hay cierta conformidad en la doctrina— que por la muerte del donante sólo se produce un derecho potestativo en favor del heredero forzoso para que la donación, en la extensión necesaria —y medida según las valoraciones referidas al día de la muerte— quede, por el ejercicio de la acción (104), sin efecto en lo sucesivo, y, en consecuencia, los bienes afectados pasen a ser, al solo efecto de cubrir la cuota hereditaria en favor de los legitimarios, bienes hereditarios.

— La prohibición, en principio, de pactar sobre la legítima futura (cf. artículo 1.271 y 816 C. c.).

En cuanto a la renuncia hecha por el causante a una prescripción, y otros actos fundados en una obligación moral, cf. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, § 330.

(103) En modo alguno en cuanto a que en el instante de la muerte pase la posesión de los bienes a los herederos.

(104) La demanda es anotable en el Registro de la Propiedad (cf. art. 42-1.^º L. H.).

b) Para conocer *quiénes están legitimados* para pedir el reconocimiento de los efectos del llamamiento forzoso frente a la donación es fundamental el artículo 655 C. c. El artículo proviene del Anteproyecto de 1882-1888, si bien hubo algún cambio en su redacción. Según las notas que contiene la edición oficial del Anteproyecto, el legislador lo tomó del artículo 1.092 del Código italiano de 1865. El Código italiano se inspiró, a su vez, en el artículo 921 del Código civil francés.

Del artículo 655 C. c. resulta que también aquí, como para la reducción de los legados, sólo están legitimados, en principio, los herederos forzosos; es decir, los que tienen por Ley —o sea, incluso contra la voluntad del donante— «derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia». Esta alternativa —derecho a legítima, derecho a una parte alícuota de la herencia— no alude a conceptos distintos de el de heredero forzoso y se explica por el criterio, que, en un principio, habían adoptado los redactores del Código —aunque al final de sus trabajos no mantuvieron siempre este criterio (cf. art. 841-II en su redacción originaria)— de no agrupar bajo el mismo nombre de «legítima» los derechos de todos los que eran favorecidos con el llamamiento forzoso a una cuota de la herencia. El legislador pensaba que entre ascendientes y descendientes *legítimos* sí procedía hablar de *derecho de legítima*. Pero, en cambio, evitaba dar este nombre de *legítima* al derecho que el cónyuge tenía a una *cuota o porción hereditaria*, en usufructo; o al derecho de los hijos naturales (o de los legitimados por concesión real), o recíprocamente, de los padres, a una *porción hereditaria*. Este criterio se seguía radicalmente en el Anteproyecto de 1882-1888 y aparece, con claridad, todavía en la redacción originaria del Código al expresar los derechos de los hijos legítimos que sí tienen derecho a la *legítima* (cf. antiguo art. 114.3.^o) y los de los hijos naturales y legitimados por concesión real, los cuales tienen derecho a la *porción hereditaria* que determina el Código (cf. antiguos arts. 127 y 134 y 840 y ss.).

Así, pues, están legitimados para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones los *herederos forzosos*. Y la acción —según preceptúa el mismo artículo— sólo es renunciable muerto el donante. En vida del donante no es posible la renuncia, por los herederos forzosos, «ni por declaración expresa ni prestando su consentimiento a la donación» (cf. art. 655-II C. c.). Y es que, en tanto no se produce la muerte del donante no hay herencia, ni legítima, en sentido propio, sino sólo herencia futura o legítima futura, las cuales no pueden ser objeto de renuncia ni, en general, de contratos (cf. arts. 816 y 1.271 C. c.).

En tanto no se produce la muerte del donante no puede haber, tampoco, *transmisión* de los derechos (todavía meras esperanzas) del heredero forzoso a sus propios herederos o causahabientes. Muerto el donante, su patrimonio se convierte en herencia y el llamamiento forzoso que implica la legítima pasa a ser efectivo. Aceptada la legítima, los derechos del legitimario pueden, ya, ser transmitidos a otra persona, *inter vivos o mortis causa*, como, en general, el derecho hereditario.

Pues bien, también están legitimados para pedir la reducción de donaciones, ocupando el lugar de los herederos forzosos, «sus herederos o causahabientes» (cf. art. 655-I C. c. y S. 11 octubre 1943).

¿De qué modo completa la materia de la legitimación activa, para la reducción de donaciones, el artículo 655-III del Código civil? Ante este enigmático precepto, la doctrina francesa, italiana (105) y española manifiestan análoga perplejidad, más agravada aún en la doctrina española. Concentrándonos en el Código civil español, éstas son las conclusiones de nuestra doctrina: 1.) El precepto está equivocado cuando parece conceder legitimación, para la acción de reducción de una donación, al que es, *respecto del donante*, legatario de parte alícuota y la equivocación es tan grave que, a pesar del texto, debe entenderse que no existe tal legitimación. 2.) En definitiva, el artículo 655-III Código civil, no tiene contenido normativo, salvo en cuanto se refiere a que «los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella».

Frente a esta generalizada interpretación, creemos que cabe dar un sentido normativo lógico al precepto y evitar así tener que entender que el legislador comete errores tan graves como los que le acusan. Todo el artículo está dedicado a precisar cómo los legitimarios y ciertas personas que de ellos traen causa están legitimados para el ejercicio de la acción. El primer párrafo ya dice que sólo están legitimados los herederos forzosos. Esto se confirma en otros artículos (cf. arts. 654-II y 819-II y arts. sigs.) Sería reiterativo, inútil y perturbador volver a decir en el párrafo III que *algunos* que no son herederos forzosos no están legitimados. Lo que nos dice el párrafo III, en relación con el párrafo I y excepcionándolo, es quiénes, no obstante traer *causa del legitimario*, no están legitimados para el ejercicio de esta acción por exigirlo así especialmente el respeto al principio de la irrevocabilidad de las donaciones.

En primer lugar, no están legitimados ni los donatarios (*del legitimario*), ni los legatarios (*del legitimario*) (a salvo los que sean legatarios de parte alícuota). Es lógica la solución. Cuando el conflicto de intereses se plantea entre los donatarios (*primitivos*) y los mismos legitimarios, la Ley resuelve el conflicto haciendo prevalecer los intereses de los legitimarios sobre el principio de irrevocabilidad de las donaciones. Pero si, por el devenir de las circunstancias, el conflicto se presenta entre personas que son igualmente adquirentes a título gratuito, es lógico que la Ley prefiera entre ellos al que es, a la vez, primero en el tiempo, poseedor y causahabiente directo del propietario.

La propia Ley hace excepción —a estas excepciones— con los que, en la sucesión *del legitimario*, sean legatarios de parte alícuota. Por lo menos, para permitir que puedan aprovecharse de la reducción conseguida. Sería un aspecto más en que el régimen del legatario de parte alícuota se aproxima al del heredero. No hay, pues, por qué entender que el legislador se equivoca (o que se está refiriendo al viudo del

(105) La doctrina del precepto viene a repetirse hoy, con variantes, en el art. 557 del Código italiano de 1942.

causante) cuando aquí menciona al *legatario de parte alicuota*. Y, por otra parte, el artículo puede ser invocado como apoyo claro de que el mismo texto del Código civil admite esta discutida figura.

La Ley, finalmente, excepciona, entre los que traen causa del legitimario, a determinados acreedores del legitimario: los que eran acreedores del difunto (y respecto de los cuales, el legitimario, por ser heredero, pasa a ser, con la aceptación, deudor: cf. arts. 659, 660, 661 C. c.). Es indudable que cuando el heredero forzoso acepta a beneficio de inventario, los acreedores del difunto no estarán legitimados para pedir la reducción de donaciones o aprovecharse de ella. La doctrina española suele restringir a esta hipótesis el precepto (106). Pues se piensa que si el legitimario, como heredero, pasa a responder *ultra vires*, los acreedores hereditarios podrían ya ejercitar la acción de reducción (art. 1.111 C. c.) o perseguir los bienes que por ella obtenga el legitimario, pero no en cuanto bienes *hereditarios*, sino en cuanto bienes particulares del legitimario (cf. arts. 1.003 y 1.911 C. c.) y no en su concepto de simples *acreedores del difunto*, sino como los demás acreedores *particulares* del heredero.

Pero el caso es que, aun cuando el legitimario pase a responder *ultra vires*, el acreedor que reclama lo sigue haciendo como *acreedor del causante* y el artículo 655 C. c. no distingue. La Ley también ha podido preferir que se mantenga la estabilidad de la donación cuando por falta de otros bienes del heredero forzoso (cf. art. 1.111 C. c.), la reducción no va a beneficiar directamente a éste, sino sólo a los acreedores del causante, los cuales, de seguir otra tesis, podrían, por vía de acción subrogatoria, llegar a cobrarse sobre bienes que habrían salido definitivamente del patrimonio de su deudor cuando éste contrajo las deudas (107). Con esta interpretación que se sugiere para la expresión «*acreedores del causante*» tendría más sentido normativo tal expresión; pues la verdad es que, si restringimos su utilidad al caso del legitimario que goza del beneficio de inventario, lo prescrito por el artículo es obvio, pues es indudable que los bienes donados no vuelven al patrimonio del donante —no son bienes de la herencia (cf. art. 1.023 C. c.)— en beneficio de sus acreedores (que pueden ser anteriores o posteriores a la donación).

No parece que existan dificultades gramaticales insuperables para poder aceptar la interpretación del art. 655-III que ahora se ofrece. Estas dificultades habrían sido más acusadas si hubiera prevalecido, sin correcciones, el texto del correspondiente precepto del Anteproyecto de 1882-1888 (cf. su art. 654-III). Ciertamente, la interpre-

(106) De ser así, el art. 655-III C. c. reforzaría la tesis que mantenemos según la cual los bienes que el legitimario recibe son, en principio, bienes hereditarios. El precepto contendría una norma especial en la que se manifestaría que el legislador cree necesario precisar que los bienes recibidos por la donación no están sujetos a la acción de los acreedores del causante, lo cual implica que parte de que, a otros efectos, los bienes conseguidos con la reducción de donaciones son considerados por el legislador como bienes hereditarios.

(107) Si la donación fuera posterior a las deudas, los acreedores tienen su protección específica, en su caso, en la acción revocatoria.

ción va en contra de un modo generalizado —internacional— de entender el precepto. Pero, con todo, creemos que nuestra interpretación es la única que llega a resultados racionales y que es preferible a las ahora desechadas que no ven más que un precepto plagado de errores y sin contenido normativo.

c) *El problema de la prescripción (o de la caducidad) de la acción* depende, ciertamente, de la naturaleza que se asigne a tal acción. ¿Cabe ejercitárla, como frente al legatario, mientras dure la *petitio hereditatis*? Parece que aquí hay algo más que la pretensión de hacer valer el título sucesorio respecto de determinados bienes hereditarios, puesto que la donación, no obstante la muerte del donante y la procedencia de la reducción, sigue produciendo efectos (cf. art. 651-I C. c.) y sólo con la impugnación la donación dejará de producirlos. El principio, además, debe ser el de entender que la donación es plena y definitivamente eficaz, en tanto que de la Ley no resulte claramente una excepción, y la excepción, como tal, debe entenderse con carácter restrictivo. Procede, por todo esto, estimar que la acción tiene naturaleza personal. ¿Habrá de aplicarse al plazo de los quince años (cf. artículo 1.964 C. c.)? Lo niega la S. 12 julio 1984 (108). No creo, sin embargo, que esté suficientemente fundado aplicar los plazos de caducidad establecidos específicamente para unas u otras hipótesis de revocación de las donaciones: cuando el artículo 654 C. c. establece que «para la reducción de donaciones se estará», entre otras disposiciones, «a lo dispuesto en este capítulo» se está refiriendo, claramente, sólo a las disposiciones del capítulo (arts. 651, 654, 655, 656) que tratan de la reducción de donaciones. Parece que la acción de reducción es una acción rescisoria, aunque especial (cf. art. 1.291-5.º C. c.), y, como tal, *caduca* a los cuatro años (cf. art. 1.299 C. c.), pero el plazo no podrá empezar a contar en tanto la legítima no sea efectiva por haber muerto el causante (cf. art. 1.969 C. c.).

d) A nuestro objeto no interesa seguir ahora con el estudio del *régimen de esta acción*. La reducción, si es posible, se verificará «in natura» (cf. arts. 654 y 821 C. c.) (sobre ello volveremos).

VIII. EL CARÁCTER DE HEREDERO FORZOSO COMO CLAVE PARA CONOCER, EN PARTICULAR, LA POSICIÓN DEL LEGITIMARIO EN EL REGIMEN DE LA PARTICIÓN.

A) *Indicación general.*—Los «herederos forzosos» tienen, en relación con el régimen de liquidación y partición del patrimonio hereditario la posición que, conforme a la Ley, tienen ordinariamente los

(108) El plazo para la prescripción de una acción dirigida a la reducción de donaciones que perjudiquen a la legítima no es el de 15 años...; cabe pensar en el plazo de un año del art. 652 C. c. o acaso mejor el de 4 años del 1.299, y más próximamente aún el de 5 años del art. 646 C. c. que contempla un supuesto semejante (cf. art. 4-1 C. c.) (S. 12 julio 1984).

demás herederos. Pero como tienen tal cualidad de herederos cualquiera que sea la voluntad del causante, éste no puede, *en principio*, menoscabar las facultades del heredero forzoso en relación con la liquidación y partición de la herencia. No obstante, este principio debe entenderse con las salvedades a que obligan las especiales facultades que el Código ha concedido al causante para ordenar la partición hereditaria y para asignar cosas determinadas dentro o fuera de la partición.

B) *Facultades del testador en relación con la liquidación y partición.*—El heredero forzoso está legitimado, como los demás herederos, para promover el juicio de testamentaría (cf. arts. 1.038-4.^º y 1.039 L.e.c.), y el causante no puede prohibir a los herederos forzosos que promuevan el juicio de testamentaría (cfr. art. 1.039 L.e.c., por exclusión, y Ss. 4 octubre 1876, 21 mayo 1884, 5 julio 1887 y 14 mayo 1895) (109).

Pero esta doctrina debe conjugarse con las siguientes facultades del testador: 1.^º La facultad, que ya reconocía la L.e.c. (cf. art. 1.046 L.e.c.), de establecer reglas distintas para el avalúo, liquidación y división de sus bienes. 2.^º Más concretamente, la facultad de realizar él mismo la partición (art. 1.056 C. c.) o de encomendar a otro su realización (cf. art. 1.057 C. c., S. 20 enero 1888). Realizada así la partición, ya no pueden los herederos forzosos promover el juicio de testamentaría (por ej., SS. 17 octubre 1960 y 28 junio 1961 para el caso de partición hecha por el testador). Y también, 3.^º, la facultad de ordenar que el cónyuge supérstite distribuya los bienes y mejore en ellos a los hijos comunes (cf. art. 831 C. c.).

En todo caso, el ejercicio de estas facultades debe dejar a salvo las legítimas (cf. arts. 1.046 L.e.c., 831, 1.056, 1.070 y 1.075 C. c., S. 20 enero 1888 en relación a las decisiones del contador-partidor nombrado por el causante y S. 31 mayo 1980 en relación con una partición realizada por el mismo testador). ¿Puede el testador incluso conferir al contador-partidor la facultad de enajenar sin contar con los herederos forzosos? Se contesta negativamente por R. 19 julio 1952.

C) *El principio de partición «in natura» guardando la «possible igualdad» y las facultades del causante para asignar a alguno cosas determinadas.*—La regla es indudable: puesto que el legitimario es heredero, tiene derecho a que su cuota sea concretada en bienes hereditarios (110), de modo que en su reparto se guarde «la posible igualdad,

(109) Cf., en el mismo sentido, más jurisprudencia en FUENMAYOR, *Intangibilidad*, págs. 60 y sigs.

(110) Por tener la legítima «la consideración de *pars hereditaria* y no de *pars valoris* —dice la S. 31 mayo 1970 en relación con una partición realizada por el contador-partidor—, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los derechos hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840-II y párrafo II del art. 1.056 C. c.—» (se refiere, para los arts. 838 y 840-II, a la redacción vigente cuando se dictó la sentencia). Cf., también SS. 28 mayo 1958 y 15 febrero 1973.

haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie» (cf. art. 1.061 C. c.). La regla de igualación —proporcional— entre los herederos, en cuanto a las especies mismas en que se concreta cada lote, viene reflejada también en los artículos 1.047 y 1.048 C. c. en relación con la colación.

Y, tiene, tal regla, confirmación especial en diferentes preceptos que señalan, frente a la voluntad del causante, que la legítima debe consistir en *bienes hereditarios*: 1.º El artículo 806 C. c. que da el concepto de legítima como *porción de bienes* de la que no puede disponer el testador. 2.º Los preceptos que establecen respecto de la mejora —que, como venimos diciendo, «quoad multa» sigue siendo legítima— que, si no hubiere sido señalada en cosa determinada (el art. 829 C. c. supone que tal cosa es *hereditaria*), «será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose en cuanto puedan tener lugar las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los *herederos* en la partición de bienes». 3.º Los preceptos que limitan las facultades del causante para asignar *bienes hereditarios concretos* a determinadas personas, con exclusión de los legitimarios (cf. arts. 654-II, 821 y 822; art. 829 en relación con los artículos 654, 821 y 822, y arts. 841 y sigs. y 1.056-II C. c.).

La doctrina está, en general, de acuerdo en que el principio de participación «in natura», en los términos predichos, rige cuando la partición no es realizada por el testador. Pero, en cambio, es casi unánime (112) en el sentido de entender que, si bien la legítima debe ser concretada en bienes hereditarios, el testador puede elegir, sin sujetarse a lo prescrito en los artículos 1.061 y 1.062 C. c., los bienes hereditarios en que haya de concretarse el lote del legitimario. Por tanto, puede concretarla en dinero si hay dinero en la herencia.

El artículo 1.056-I C. c. suministra, para esta tesis, el argumento principal: cuando el testador hubiere hecho la partición, «se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzados». Como dice Vallet (113), «casi la totalidad de la doctrina entiende esta última salvedad en sentido cuantitativo y de no imposición de gravámenes y la afirmación de que se pasará por ella entiende la doctrina que excluye la regla de guardar la posible igualdad de los lotes en *cosas de la misma naturaleza, calidad y especie establecida* en el artículo 1.061, y la norma del artículo 1.062-II, que previene que, siendo una cosa indivisible o desmereciendo mucho con su división, bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

La verdad es que las razones invocadas por la doctrina para hacer la señalada excepción en favor del testador no son muy fuertes (114).

(112) En contra: ESPINAR, *La herencia legal y el testamento*, Barcelona 1956, pág. 360; Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid 1975, págs. 932 y 933.

(113) VALLET, Com. art. 806, pág. 21.

(114) Sólo para fijar la mejora (que también es legítima «quoad multa») es libre el testador para escoger cosas determinadas (*hereditarias*) o bien atenerse a las reglas establecidas en los arts. 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes (cf. arts. 829 y 832 C. c.).

El perjuicio de la legítima no sólo puede ser ya cuantitativo ya en las condiciones jurídicas, sino que también puede haber un perjuicio cualitativo (cuando se asigne al legitimario *res deteriori*, sumptuosa, improductiva o inasequible por su situación o circunstancias) (115). El mismo artículo 1.056-II C. c. nos revela —al dar una norma excepcional— que el testador, como regla, no puede asignar los bienes hereditarios a un heredero, compensando en dinero —aunque sea hereditario— a los legitimarios. Según la doctrina dominante, el párrafo II del artículo 1.056 sólo tendría utilidad en el supuesto de que no hubiera metálico *hereditario* para satisfacer la legítima de los demás hijos, pues habiéndolo sería posible llegar al mismo resultado, no por la norma excepcional del párrafo II, sino por la norma general del párrafo I. Pero el caso es que el Código, en ese párrafo II, no distingue entre metálico hereditario y no hereditario (lo cual, además, parece una sutiliza farisaica sin sentido práctico) (116): luego no es posible, como regla, dar unos u otros bienes hereditarios (distintos del dinero) a unos u otros hijos, satisfaciendo la legítima de los demás con metálico (aunque sea hereditario).

Pero, sobre todo, obsérvese el carácter rígido de la alternativa —bienes «hereditarios» o dinero— que, en este caso de excepción —e igual ocurre en el supuesto previsto en el artículo 841— se deja a la potestad del causante: no cabe, pues, como regla lo que ni siquiera en los supuestos de excepción es posible: que, por ejemplo, se dejen los inmuebles a uno, y a otro se le pague su legítima en muebles (vehículos, valores, etc.).

La tesis de la participación *in natura* guardando la posible igualdad, está hoy especialmente apoyada por lo dispuesto en los arts. 841 y sigs. C.c. Pues, en efecto, únicamente en condiciones muy especiales, cabe que el testador (o los contadores a que se refiere el artículo 841) asigne *todos* o *parte* de los bienes hereditarios a alguno o algunos sólo de los hijos o descendientes, excluyendo en ellos a los demás. No basta, para ello, según dicho artículo, el simple acto unilateral del testador repartiendo a su arbitrio los bienes, o *parte* de los bienes, entre los hijos o descendientes (cf. art. 1.056-I), sino que se requiere cumplir con otros requisitos, y entre ellos: a) ordenar que se pague *precisamente en metálico* la porción hereditaria de los demás legitimarios (cf. art. 841); b) la aprobación judicial (cf. art. 843 C.c.). Nótese, además, cómo en estos artículos las prescripciones particionales del testador (o de los contadores-partidores citados) son consideradas como derogaciones del sistema normal, y que éste es el constituido por «las disposiciones generales sobre la partición» (cf. art. 844, *fine*, C. c.), es decir, el

(115) Estos ejemplos en VALLET, *Com.* art. 806, pág. 19 (sobre los límites que en Derecho común tenía la posible asignación testamentaria de bienes para satisfacer la legítima).

(116) Tiene razón CÁMARA (*El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 mayo 1981*, An. Real Ac. de J. L., Madrid 1983, pág. 134) cuando expresa: «Jamás he comprendido la distinción machaconamente establecida por la doctrina dominante, entre metálico hereditario y no hereditario como no sea desde el punto de vista de las garantías del legitimario».

«prescrito por los artículos 1.058 a 1.063» del Código civil (cf. artículo 842 C. c.). Pues bien, este sistema, que incluye *los artículos 1.061 y 1.062* que imponen *la posible igualdad* (proporcional) en especie de los lotes, será *necesariamente* el aplicable —es decir, *no obstante* las disposiciones del testador (o de los citados contadores-partidores) (cf. artículo 842 C. c.)— en cuanto cesen los supuestos en que tienen excepcionalmente vigencia las disposiciones particionales del testador (o de los contadores-partidores) que lo contradicen, y en concreto: a) si lo exige *cualquiera* de los hijos o descendientes beneficiados con la excepcional adjudicación de los bienes (cf. art. 842); b) si caduca la facultad de pago en metálico que la *disposición excepcional* confiere a estos hijos o descendientes (cf. art. 844 C. c.) (117).

¿Cuál es la posición de la jurisprudencia en relación con la cuestión de la vinculación del testador a las reglas de los artículos 1.061 y 1.062?

Los autores invocan en favor de su tesis que ella cuenta con el respaldo de la jurisprudencia —por cierto, surgida antes de la Ley 13 de mayo 1981—. Citan en su favor las SS. 6 marzo 1945 y 28 de junio 1961. Según la S. 6 marzo 1945 nuestro Código «otorga al testador una amplia libertad... en la composición cualitativa de los lotes permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062». Los términos de este considerando restringen la libertad para la composición cualitativa de los lotes al supuesto del artículo 1.056, apartado segundo (118). No es más decisiva la S. 28 junio 1961, que, sin fuerza de *ratio decidendi* (119), se limita a recoger las expresiones, que hemos recogido entrecomilladas, de la S. 6 marzo 1945, y, por tanto, con las mismas restricciones.

En cambio, parece más concluyente la S. 28 mayo 1958. Es cierto que el T. S. da lugar al recurso por estimar bien hecha la partición realizada conforme a una norma particional establecida por la testadora, por lo cual el paquete de todas las acciones de una sociedad anónima y el paquete mayoritario de las participaciones sociales de una

(117) Nada dice, en contra de esta doctrina, el art. 846 C. c. Arrastra este artículo la redacción que tenía en una fase de la elaboración de los preceptos en que la norma contenida en él significaba un límite a la facultad de los descendientes matrimoniales de excluir de los bienes hereditarios a los descendientes no matrimoniales, compensándoles en dinero. Hoy el art. 846 C. c. se limita a precisar que el testador, que puede hacer totalmente la partición (cf. art. 1.056 C. c.), puede también lo menos, como es ordenar el destino que algunos bienes han de tener en la partición. Pero sin violar, es claro, en este caso, las normas imperativas a que habría de someterse si la partición fuera total.

(118) ¿Es más expresiva la doctrina de la sentencia en relación con el recurso? El recurrente, entre otros muchos motivos, se limitó a acusar que la partición no se había ajustado «a las reglas de igualdad en el reparto» (sin referirse expresamente a la igualdad cualitativa ni a los preceptos concretos que podían fundamentar el recurso). El T.S. no da lugar al recurso.

(119) No se planteó en el recurso la cuestión de la infracción de las normas sobre *composición cualitativa* del lote correspondiente a la legítima, sino si, para determinar la legítima, los legitimarios, *no obstante* la partición realizada por el causante, podían promover el juicio de testamentaría.

sociedad de responsabilidad limitada habían de quedar para determinados hijos y los demás habían de ser compensados, en parte en bienes hereditarios y en parte con un crédito contra los adjudicatarios de esos derechos sociales. Es cierto también que el recurrente apoyó su recurso en que, conforme al artículo 1.056, *hay que pasar por la partición* y en que es evidente —según él— que los artículos 1.061 y 1.062 son inaplicables a la partición hecha por el testador. Pero el T. S., al acceder al recurso, lo hace porque la cláusula testamentaria, al prever las condiciones de la adjudicación preferencial de aquellos derechos sociales, colocó a todos los legítimarios en situación parigual (120). y, a la vez, precisa que el mero hecho de que la Ley, en los artículos 838 (véase hoy art. 839), 840-II (hoy suprimido) y 1.062 provea a esas situaciones «que no por numerosas dejan de ser excepcionales para casos singulares y determinados» «vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por *regla general...* el derecho de los legítimarios así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago *pars bonorum*» y *no cabe* «una arbitraria distribución de bienes hereditarios entre determinados herederos compensando a los demás en metálico».

Creemos, pues, como conclusión, que en nuestro Código rige la regla de la igualación cualitativa.

Ahora bien, aunque se haya de partir de esta regla, ha de reconocerse que el testador, al distribuir los bienes, se puede mover, no obstante las legítimas, con bastante amplitud. Y esto, aparte de que la partición del testador goza de las ventajas del principio del *favor negotii*, por las siguientes razones:

1.º) Por las facultades que le concede la Ley para disponer de cada uno de los bienes hereditarios por vía de legado —o, en su caso, de mejora— en favor de extraños o de legítimarios (cf. arts. 815, 821 y 829 C. c.). De aquí no cabe concluir que lo que el testador puede hacer por vía de disposición *mortis causa* a título particular debe poder, también, hacerlo por vía de disposición particional. De una parte, porque es muy distinta la naturaleza de una y otra disposición y así, aparte otras diferencias (121), mientras la disposición particional impone su eficacia a todos los herederos y si está bien hecha ninguno puede rechazarla, los legados o las mejoras pueden ser aceptados o renunciados por cada uno de los favorecidos, sin renunciar por ello a la herencia (cf. arts. 833 y 890-II C. c.). De otra parte, porque la misma potestad de disposición *mortis causa* a título particular debe ser corregida con la doctrina del fraude de ley, a fin de evitar que para satisfacer una legítima no queden más que cosas que, aunque sean suficientemente valiosas, sean cualitativamente, por la situación del mercado o de la

(120) Es discutible que hubiera ocurrido así.

(121) La posición de los destinatarios de los bienes y de los herederos, acreedores, legatarios y terceros interesados no es la misma cuando los bienes se asignan por *sucesión universal* —por vía de partición— que cuando se asignan por sucesión particular.

propia cosa (objetos suntuosos de difícil venta, finca situada en zona dominada por bandas armadas, etc.), manifestamente inferiores a los restantes bienes hereditarios (122).

2.º) Por las facultades que le concede la Ley para, en casos o con requisitos especiales, asignar bienes determinados por vía de partición a determinados herederos (cf. arts. 1.056-II y 841 y sigs. C. c.).

3.º) Porque la jurisprudencia, incluso en los casos (partición por contador-partidor) en que es indudable la vigencia de la regla de *la posible igualdad*, viene aplicándola con gran flexibilidad desde los primeros tiempos de vigencia del Código civil. La S. 16 junio 1902 declaró «el carácter especial, más bien facultativo que imperativo del artículo 1.061... ya que la formación de lotes para la adjudicación de los bienes hereditarios depende de las circunstancias de cada caso, de la naturaleza, calidad y valor de los bienes, de su posible división, del número de los partícipes, de las bajas o deducciones que hayan de hacerse y de otras que faciliten o impidan su realización en la práctica» (123). Según la S. 30 enero 1951 (sobre una partición realizada por los contadores en juicio de testamentaria), «la igualdad en la distribución actuará sólo circunstancialmente en cuanto sea posible, por tratarse de bienes fácilmente divisibles o que no desmerezcan mucho con la división, o ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento, pues en estos supuestos, en los que puede influir la existencia de gran número de herederos que dificulte la adjudicación a cada uno de participación en los diferentes bienes de la herencia, la Ley quiere que se evite la excesiva división y que se adjudique íntegramente a alguno de los herederos los bienes en que concurren los supuestos dichos, con obligación de abonar el adjudicatario a los otros herederos el exceso en dinero» (trae, para fundamentar esta tesis, el valor ejemplar de lo dispuesto en los arts. 1.056 y 1.062 C. c.). Después, en repetidas sentencias, se ha insistido en el carácter más bien facultativo que imperativo del artículo 1.061 que no impone una igualdad matemática y absoluta (cf., por ej., S. 23 junio 1977; allí se cita otras sentencias). También la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma la *flexibilidad* de la regla que, sobre la formación de lotes, da el artículo 1.061 C. c., pues hay casos en que las circunstancias y modalidades de la partición impiden la aplicación de los criterios que el artículo impone (RR. 6 abril 1962, 2 diciembre 1964).

(122) Sobre este fraude, cf. nuestra doctrina clásica en VALLET, *Las legítimas*, I, págs. 193, 194 y 198 y sigs.

(123) El T.S. revocó la sentencia del Tribunal de instancia, la cual había determinado que el contador debería, para satisfacer una legítima, formar un lote de bienes inmuebles. El T.S. entiende que no se puede imponer la igualdad cualitativa en casos como el entonces enjuiciado, dado el número y desproporción en el valor de los inmuebles «y la desigualdad en las participaciones de los dos herederos».

D. Las facultades del testador para disponer, no obstante la legítima, de bienes hereditarios concretos por vía de legado o de mejora.

El principio de partición cualitativamente igualitaria, llevado a su extremo, habría restringido enormemente la libertad del causante para disponer de bienes hereditarios concretos. El Código, sin embargo, permite al testador asignar bienes concretos, por vía de legado o de mejora (cf. arts. 821 y 829 C. c.), de modo que puede: 1.º) Legar fincas (o, en general, cosas determinadas) a extraños, siempre que el valor no exceda del tercio de libre disposición (cf. art. 821-I C. c.). 2.º) Legar fincas (o, en general, cosas determinadas) a legitimarios, siempre que el valor no supere al importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde por legítima (cf. art. 821-II C. c.), *incluida, en ella, en su caso, la mejora* (cf. arts. 808, 823 y 829 C. c.).

Cuando la finca o cosa supera estos límites, lo que, conforme a la Ley, procede es la división de la cosa, a fin de no menoscabar el derecho que tienen los legitimarios, no favorecidos con el legado o mejora, a recibir su participación «*in natura*». Mas si la finca o cosa no admite cómoda división, cabe que el legado o la mejora rebasen aquellas cuotas de valor que señalaban los topes de la libertad de disposición y consiguientemente de las asignaciones «*in natura*», siempre que el exceso no absorba la mitad del valor del bien. Si el exceso es de la mitad o más, son los herederos forzosos los que tendrán derecho a la finca o cosa. En uno y otro caso, deberán hacerse los procedentes abonos en dinero. Cf. también, el art. 822 que completa esta doctrina.

De la Cámara (124) da un sentido al artículo 829 que, de ser exacto, subvierte todo lo hasta aquí dicho sobre el derecho de los legitimarios a ser satisfechos «*in natura*». Según este autor, lo único que la Ley impone es que al menos los dos tercios de los bienes integrantes del as hereditario queden en poder de uno de los herederos forzosos. Pero el testador puede disponer incluso que todos los bienes hereditarios pasen a uno de los herederos forzosos, al mejorado, y que se pague en metálico la legítima de los demás.

Esta interpretación, en cuanto contradice las conclusiones a que antes hemos llegado, tiene en contra los argumentos que hemos expuesto en su apoyo y, particularmente, la doctrina de los artículos 654-II y 821 C. c. de los que se desprende la voluntad del legislador de que los legitimarios reciban, en principio, su legítima en especie. Además deja casi sin sentido la regla excepcional del artículo 1.056-II C. c. Y no guarda armonía con nuestro Derecho histórico: la permisión de mejora en cosa determinada (cf. Estilo 213, Toro 19) no tuvo por finalidad facilitar la atribución de todos los *bienes hereditarios* a uno solo de los legitimarios compensando en metálico a los demás, sino aclarar que, no obstante el derecho que todos los legitimarios, como tales, tienen a una *pars hereditatis* (con el consiguiente reflejo en cada uno de los bienes hereditarios concretos), es posible atribuir a alguno

(124) Cf. DE LA CÁMARA, *El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después ...*, y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima...*

solo de ellos bienes determinados, en los que, por tanto, quedan excluidos los demás (125).

Así, pues, del artículo 829 C. c. sólo cabe derivar que el testador puede detraer ciertos *bienes hereditarios, sean o no divisibles*, para asignarlos al mejorado. Con el consiguiente detrimento de los demás legitimarios en cuanto a su derecho a ser satisfechos, guardando la posible *igualdad*, en los concretos bienes hereditarios (126). Pero el artículo 829 debe ser conjugado con lo establecido en los artículos 654-II y 821 y 822. El artículo 829 no plantea, en especial, la invasión, en valor y en substancia, *de la parte de legítimas estrictas* de los demás legitimarios (este conflicto, en cambio, es específicamente resuelto en estos otros artículos). Por tanto, cuando el artículo 829 se refiere al supuesto en que el valor de la cosa determinada en que se señala la mejora «excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado», no comprende la hipótesis en que, por exceder el valor de la cosa, en su caso, además, de la porción disponible, constituya la mejora un detrimento directo de la sustancia hereditaria correspondiente a la legítima de los demás hijos (cf. art. 821-II C. c.).

La hipótesis contemplada en el artículo 829, es la de una disposición de mejora en cosa determinada que rebasa en valor el tercio de mejora más la parte de legítima correspondiente al mejorado y cuyo exceso invade sólo el tercio libre, o no rebasa los límites que resultan de los artículos 654 y 821 para el supuesto de invasión de las legítimas estrictas de los demás legitimarios (127). En tal supuesto, la cosa ín-

(125) Cf., sobre la historia de la disposición: VALLET, *Las legítimas*, I, páginas 194 y sigs.; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, págs. 32 y sigs.

(126) Creo, además, que el mejorado, que puede aceptar o repudiar la mejora, no puede optar porque la mejora sea satisfecha en otras cosas distintas (cf. art. 832 C. c.), a salvo siempre la voluntad del causante.

(127) El art. 829 C. c. no contiene —creo— normas sobre cómo hacer la imputación de la disposición de cosa determinada que en concepto de mejora haga el causante en favor de un legitimario (la cual puede hacerse por vía de donación o de disposición *mortis causa*), cuando su valor rebasa el tercio de mejora. ¿Se imputa a su legítima estricta? ¿Se imputa al tercio de libre disposición? No puede entenderse, contra la *ratio práctica* de la mejora, que la disposición de mejorar en cosa determinada se impute, siempre, en cuanto rebase el tercio de mejora, primero al tercio de legítima estricta y después al de libre disposición. Para resolver los problemas de imputación hay, a falta de disposición expresa del testador, otros artículos.

A mi entender, a efectos de imputación, hay que distinguir, en general, las donaciones, los legados y las disposiciones que tienen directamente el carácter de mejora.

Las donaciones, en general, conforme al principio de máximo respeto a la libertad de seguir disponiendo y de testar, se imputan, en primer lugar, a la legítima del donatario (cf. art. 819 C. c.) y, dentro de ella, primero a la legítima estricta (cf. art. 825 C. c.).

Los legados, en cambio, implican, en principio, la voluntad de distinguir y, sólo se imputan a la legítima del legatario si el testador así lo establece con claridad (directa o indirectamente) (cf. arts. 828 y 1.037 C. c. y S. 21 febrero 1900), y cuando nada establece el testador, el legado, en cuanto rebase el tercio libre, se imputa antes al tercio de mejora que al de legítima estricta (cf. art. 828 C. c.).

tegra sigue siendo para el mejorado. Si el exceso invade sólo el tercio libre se plantea entonces sólo cuestión sobre cuál sea la voluntad del testador; la concordancia de disposiciones testamentarias puede exigir que los demás interesados favorecidos en el tercio libre (sean o no a la vez herederos forzosos), reciban la diferencia en metálico, sean o no divisibles las cosas en que consiste la mejora. En cambio, si la cosa o cosas en que consiste la mejora *invade la legítima de los demás*, entonces tienen aplicación, *en cuanto al exceso*, las reglas de los artículos 821 y 822 C. c. Si la cosa o cosas admiten cómoda división, procede, entonces, la reducción *in natura*. Si no, procederá el abono en metálico o la pública subasta, conforme a lo dispuesto en los artículos 821 y 822.

E. Las facultades del testador para, en condiciones muy determinadas, asignar, por vía particional, y no obstante las legítimas, bienes hereditarios concretos a alguna de los herederos.

En el Código civil hay dos supuestos: el previsto en el artículo 1.056-II y el regulado por los artículos 841 y ss.

1. *La adjudicación a un hijo de la explotación familiar* (128).— El artículo 1.056-II C. c. confiere al testador, en interés de la familia y para conservar las explotaciones, la facultad de adjudicar, por vía de partición, la explotación a uno de los hijos, «disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos». El carácter excepcional de la regla es confirmado por S. 15 febrero 1973, que estimó nula la cláusula testamentaria por la que el padre deja todos los bienes a un hijo y ordena que los demás hijos perciban en dinero lo que por legítima les corresponda, pues ello sólo es posible en el supuesto —que ha de probarse— previsto en el artículo 1.056-II C. c. (129).

Ahora bien, cuando la donación o la disposición «*mortis causa*» tenga directamente el concepto de mejora, como contienen en sí la voluntad de distinguir, se imputarán, en cuanto no quepan en el tercio de mejora, al tercio de libre disposición antes que al de legítima estricta. La necesidad de entender las disposiciones en el sentido más adecuado para que todas tengan efecto obligará a imputar la mejora en cosa determinada, primero, al tercio de mejora; después al tercio libre siempre que no haya menoscabo de las demás disposiciones del testador; después, a la legítima estricta del mejorado; y si tampoco ésta es suficiente, se plantea entonces un problema de indemnización, a cargo del mejorado, y a favor de los demás interesados (los legítimarios, cuando no proceda la división con arreglo al art. 821, y los favorecidos por disposiciones sobre el tercio libre cuando aparezca ser lo más conforme a la voluntad del testador que haya de concordarse, con indemnizaciones en metálico a cargo del mejorado, la voluntad de mejorar en cosa determinada y la voluntad de dejar *entero* el tercio libre a otras personas).

Los abonos de diferencias por razón de haber dispuesto, el causante, de una cosa determinada en favor de un legitimario tendrán, pues, como destinatarios, unos u otros *interesados* según sean los supuestos.

(128) Sobre el tema, últimamente, ESPÍN, *La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código civil español*, R.D.P., 1979, páginas 309 y sigs.

(129) El caso resuelto se planteó en Galicia y no se consiguió probar «que los bienes sobre los que la institución recae constituyeran un *lugar acasulado*».

2. *Adjudicación de los bienes conforme a lo previsto en los artículos 841 y ss. C. c.* (130).—Antes vimos como estos artículos significan la confirmación de la regla general según la cual los herederos forzosos tienen derecho a que su cuota se concrete en un lote de bienes hereditarios, guardándose, en la formación de los lotes de los distintos herederos, la regla de la *possible igualdad*. Insistimos, ahora, en que de las reglas contenidas en estos artículos no cabe derivar que el testador, por sí sólo —y menos si se trata del contador partidor— pueda, en el mero acto de realizar la partición (cf. art. 1.056-I C. c.), excluir, a su arbitrio, de «*todos* los bienes hereditarios» o de «*parte* de ellos», a ciertos legitimarios (131). Ello sólo es posible cuando se cumplen los siguientes requisitos, establecidos en esos artículos: 1.^º) Que el testador —o los contadores a que se refiere el artículo 841— ordene que se pague precisamente en metálico (en dinero) la porción hereditaria de los demás hijos. 2.^º) Que alguno de los hijos o descendientes adjudicatarios de los bienes no opte por la aplicación de las disposiciones ordinarias de la partición. 3.^º) Obtener la aprobación judicial de la *partición* (132); por tanto, una vez que ésta es realizada, previa la liquidación procedente (cf. art. 847 C. c.) y con precisión del lote del legitimario excluido de los bienes (precisión de su crédito y de los bienes que, en su caso, completen su lote). 4.^º) Comunicación de la decisión de pago en metálico, a los legitimarios que resulten acreedores del mismo, en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión (cf. arts. 841 C. c. a 844 C. c.).

Parece que es en el momento en que se cumplen estos requisitos cuando los legitimarios quedan excluidos de los bienes —para ellos la partición está, de momento, terminada— y, a cambio, tienen sólo un derecho de crédito frente a los adjudicatarios de los bienes (133). Este crédito habrá de cumplirse dentro del segundo año, a contar desde la apertura de la sucesión. Si en su día los deudores incumplen su obligación, los legitimarios acreedores pueden —al parecer (pues la regulación está llena de problemas)— optar entre: a) exigir el cumplimiento de la obligación surgida del negocio jurídico particional, para lo cual están previstas las especiales garantías que señala el artículo 844-I C. c.; b) dar por resuelto, por incumplimiento, el negocio de partición y, entonces, se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales de la partición (cf. art. 844 C. c.).

(130) Naturalmente sólo consideraremos estos preceptos en cuanto importan al tema general que ahora nos preocupa, sin pretender, por tanto, agotar la exposición de sus normas.

(131) En contra, DE LA CÁMARA, *El pago en metálico...*, págs. 142 y sigs.

(132) El art. 843 exige la aprobación judicial respecto de «la partición a que se refieren los dos artículos anteriores». En rigor sólo se exige respecto de la partición a que se refiere el artículo 841 (en que se engloban los dos artículos a que se refería el artículo 843 en la redacción anterior a las modificaciones del Senado).

(133) Aunque parte de premisas que no comparto, ésta es también, en lo fundamental, la conclusión de Pantaleón, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, II, 1984, arts. 841 y sigs.

¿Qué significado tiene la aprobación judicial? La regla general —según venimos repitiendo— es que las legítimas deben ser satisfechas en bienes hereditarios con sujeción al principio de la posible igualdad. Al elaborarse la Ley 13 mayo 1981 se advirtió, desde los primeros momentos, que esta regla, y principalmente la contenida en el artículo 1.062 C. c., podía conducir a resultados antisociales una vez que se reconocieran iguales derechos legitimarios a los descendientes matrimoniales y a los no matrimoniales. Si, por ej., el causante, como es frecuente, no tenía otro bien que la vivienda en que vivía la familia matrimonial, u otro bien (una tienda, etc.) con destino familiar análogo e igualmente indivisible, bastaba que un legitimario, descendiente no matrimonial (incluso adulterino), pidiera la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, para que la familia matrimonial corriera el riesgo de verse definitivamente sin la vivienda o sin los bienes que hasta entonces constituyan el fundamento vital de la familia. A lo largo de la elaboración de la Ley y al radicalizarse el principio de no discriminación por razones de filiación, el ejemplo se hizo reversible; debía tenerse en cuenta que los excluidos antisocialmente de bienes vitales, a consecuencia de la herencia, podían ser, en general, todos o algunos de los hijos o descendientes, fueren matrimoniales o no matrimoniales. Estos posibles resultados constituyeron una preocupación constante en el Ministerio de Justicia, y así se hacía saber —por los fluidos cauces de hecho, entonces existentes— a los que en el Congreso asumieron por sí la tarea de redactar —con cambios radicales— los artículos 841 y siguientes. Las fórmulas que prevalecieron, que son técnicamente criticables, tampoco consiguen eludir los resultados temidos. Pero cabe pensar que, para evitarlos, se ideó la aprobación judicial. No es, pues, una mera comprobación del cumplimiento de los demás requisitos exigidos sino que en sí tiene un significado autónomo: es una decisión sustitutoria del consentimiento de los legitimarios afectados (cf. art. 843) y que garantiza, cuando menos, que, ni siquiera de momento, la partición —tal como la quiere el testador o los contadores-partidores— tenga efecto si conduce a resultados antisociales como los antes indicados (cf. art. 7.^º C. c.) (134).

F. Referencia sobre garantías de los herederos forzosos.

1. En general, los herederos forzosos gozan de las mismas garantías que los demás herederos. Son cotitulares del patrimonio hereditario: ningún acto dispositivo puede hacerse sin su consentimiento. Y pueden hacer constar esta cotularidad —el llamado derecho hereditario— por vía de anotación preventiva en cada uno de los folios registrales correspondientes a los distintos bienes inmuebles de aquel patrimonio (cf. arts. 42-6.^º, 46, 57 y 68 L. H., 146, 206-10 y 209 R. H.).

(134) SUÁREZ-VENTURA (V, pág. 6) estima necesario, para que el Juez pueda dar su aprobación a una partición en que algún legitimario resulte excluido de los bienes, «la concurrencia de algún fundamento objetivo».

La garantía registral de los legitimarios sobre todos los bienes hereditarios dura hasta que, al menos respecto de sus derechos, esté terminada la partición. Cuando, conforme a los distintos preceptos examinados, la legítima haya de ser, en todo o en parte, abonada en metálico, la partición, respecto del legitimario, no está terminada mientras no se le adjudique su lote en metálico efectivo (no basta con señalar, a su favor, un crédito contra alguno —o todos— los demás herederos). Sin esta adjudicación, ni sería inscribible la partición, ni procedería, tampoco, la cancelación de la anotación del derecho hereditario del legitimario (cf. arts. 80-1 y 209-1.^º R. H.) (135).

2. Hay que hacer, hoy, *excepción* —conforme a lo antes dicho— con el supuesto de adjudicación de bienes a alguno solo de los hijos o descendientes, al amparo de los artículos 841 y siguientes, pues parece que, para el legitimario excluido de tales bienes, la partición está terminada desde que se concreta, con los requisitos legalmente exigidos, su derecho de crédito (y los bienes que, en su caso, completen su lote). Es en ese momento cuando procede la cancelación de la anotación del derecho hereditario (cf. arts. 80-2 y 209-1.^º R. H.); y corresponderán, en cambio, al legitimario acreedor «las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad» (cf. art. 844-I, inc. 2.^º C. c.), cuyo régimen debe ser adaptado para que no sufra interrupción la garantía que hasta entonces ofrecía la anotación del derecho hereditario y para que, frente al legitimario, no tengan preferencia los demás legatarios.

Si, por incumplimiento del crédito, el legitimario diere por resuelta la partición en la que él estaba excluido de todos o de parte de los bienes, reaparecerá la comunidad hereditaria (136) y volverá a gozar de la facultad de anotación del derecho hereditario. Parece que esta resolución de la partición dejará a salvo los derechos de los terceros adquirentes, aunque no hayan inscrito su derecho (con excepción del caso de mala fe del adquirente) (cf. analogía art. 1.124 *fine* C. c.).

(135) El art. 15 L.H. está pensado por el legislador para los legitimarios de otra naturaleza jurídica. En el sistema del Código civil, tanto el heredero como el legitimario (igualmente heredero) participarán en la titularidad del patrimonio hereditario, y como tales pueden promover —en tanto no haya partición— el juicio de testamentaría para imponer las reglas previstas entonces por la L.E.C. sobre la administración de la herencia y para conseguir la concreción de sus respectivas cuotas hereditarias en los correspondientes lotes de bienes. Y, hasta que se produzca la partición, tienen los legitimarios posibilidad de obtener la anotación preventiva del derecho hereditario, asiento que reflejará, respecto de cada uno de los bienes inmuebles que integran la masa patrimonial, que de momento recae indiferiadamente sobre dichos bienes la cotitularidad hereditaria. No se trata, pues, de que unos —los herederos— sean titulares de los bienes inmuebles y otros —los legitimarios— tengan sólo un derecho de crédito (con más o menos garantías) y sin estar facultados para promover el juicio de testamentaría (téngase presente la significación del juicio de testamentaría tanto para la liquidación como para la administración de la herencia).

(136) Al modo que ocurrirá también, en favor de cualesquiera herederos, en otros supuestos de ineficacia de la partición (nulidad, anulación, rescisión cuando se opte por nueva partición).

IX. REFERENCIA A LA NATURALEZA ESPECIAL DE LA LEGITIMA DEL CONYUGE VIUDO

Según el Código civil, el viudo o viuda también es heredero forzoso, pero de modo peculiar, es decir, «en la forma y medida» que establece el Código (cf. art. 807-3.^º C. c.).

En principio, pues, es heredero. Tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad.

En la técnica del Código es también heredero en cuanto a los efectos patrimoniales, pero en cierta forma y medida. Pues el viudo o viuda no sustituye al causante, en su patrimonio, como los demás herederos. Pero tampoco es un simple adquirente de derechos singulares. El viudo o viuda no pasa a ser, como heredero forzoso, titular de un derecho real; ni siquiera de un derecho subjetivo. La Ley le llama como usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario; es decir, como copartícipe —en cuanto al goce— de la *titularidad* del patrimonio mismo. La participación en la cotitularidad patrimonial engendra una especial cotitularidad sobre cada bien hereditario que no se resuelve, por sí, en derechos reales de usufructo sobre cada bien. El ser usufructuario de una cuota del patrimonio hereditario (complejo abstracto de bienes y deudas) no quiere decir que el viudo tenga derecho al usufructo de *una cuota sobre cada bien*: sería aplicar, en cuanto a la titularidad usufructaria, una solución (la del proindiviso de cada bien) especialmente rechazable para explicar la misma cotitularidad hereditaria. El usufructo, en cuanto derecho real que recae sobre bienes concretos, sólo surgirá en favor del cónyuge cuando la legítima vidual sea satisfecha de ese modo (advirtiéndose que, conforme a los arts. 839 y 840, cabe, también, que la legítima vidual sea satisfecha con derechos distintos de el de usufructo). En cuanto a las deudas hereditarias, el viudo o viuda no pasa a ser el deudor, como ocurre con los demás herederos, pero sí está afectado por ellas en cuanto titular del usufructo de parte alícuota de la herencia sobre la que las deudas recaen (cf. art. 510 C. c.).

La jurisprudencia del T. S. considera que el viudo legitimario es heredero para resolver muy diversas cuestiones: Acción de petición de herencia y defensa como coheredero del patrimonio hereditario (cf., por. ej., SS. 16 noviembre 1929, 9 julio 1957). No es un extraño a efectos del retracto de coherederos si uno de éstos le vende la cuota. Ni tampoco lo es a efectos del retracto de comuneros (compra por la viuda, antes de la partición hereditaria, de una partición en casa en que el causante era comunero (S. 16 junio 1961). Según el T. S., está legitimado para promover la partición (S. 28 marzo 1924) (137).

(137) Según el art. 1.038 L.E.C., el cónyuge que soreviva es parte legítima para promover el juicio de testamentaría. Pero, en la concepción de la L.E.C., esta legitimación le era conferida como cónyuge (en cuanto que la liquidación de la sociedad de gananciales es operación integrante de la liquidación y parti-

No puede ser nombrado contador-partidor. Responde por los gastos comunes de partición (S. 11 enero 1950). Puede suceder (aunque haya recibido un legado) en el arrendamiento del local de negocio de acuerdo con el artículo 60 L.A.U. (ej., S. 22 mayo 1972) (138). Es heredero forzoso a efectos del artículo 28 L. H. (las inscripciones en su favor no padecen la suspensión de efectos por dos años prevista en dicho artículo: S. 9 julio 1957).

Mas en cuanto a las deudas hereditarias es reiterada la jurisprudencia que estima que el cónyuge legitimario no puede ser demandado por ellas o que no puede ser condenado a su pago o que no responde «ultra vires» (SS. 4 julio 1906; 25 enero 1911, *obiter*; 11 enero 1950; 24 enero 1963 (no se refiere al cónyuge sino al llamado testamentariamente «heredero en usufructo»); 28 octubre 1970; 20 septiembre 1982 (139). Si bien, en alguna sentencia moderna (S. 20 septiembre 1982) se determina que es preciso, sin embargo, que el cónyuge viudo sea convocado «al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener interés directo en el mismo, al poder ser mermado el contenido de su cuota usufructuaria».

ción de herencia) y no por ser heredero forzoso, pues no lo era entonces cuando la L.E.C. entró en vigor (aparte del derecho de la viuda pobre a la cuarta marital).

(138) La S. 9 enero 1974 le niega, en cambio, el carácter de heredero a efectos de legitimación pasiva respecto de las acciones entabladas sólo contra los herederos.

(139) No obstante, según la S. 28 enero 1919, si bien no responde de las deudas del causante cuando se limita a recibir la cuota vitalicia y un legado, sí responde «por las adjudicaciones que le fueran hechas, en situación equivalente a la de los herederos universales cuya personalidad sustituyó al recibir y aceptar inmuebles y derechos reales en propiedad, de los que pertenecían a la herencia; pues en tal caso, y con el concepto que se deduce de los arts. 838 y 807 C. c., debe ser tenida como heredera a los efectos de la responsabilidad... por obligación nacida en la comunidad de bienes...» (se trataba de una obligación surgida durante la indivisión de la herencia).

No puede aducirse, en favor de que el cónyuge supérstite responda, como legitimario, de las deudas del causante, la S. 10 enero 1920 pues en el supuesto el cónyuge es condenado en cuanto administrador de los bienes de la herencia y, también, en atención a las peculiaridades del caso.

El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas

JORGE CAFFARENA LAPORTA

1. INTRODUCCION

Las páginas que siguen ofrecen una aproximación al estudio del artículo 1.167 de nuestro Código civil («Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior»). Con relación al precepto se examinan sus antecedentes, su ámbito de aplicación, ¿se refiere el artículo a todo tipo de obligación genérica?, concretamente: ¿se aplica a las obligaciones de género limitado?; en fin, se trata también del juego del principio de la buena fe en la interpretación de la norma en cuestión. Ahora bien, el precepto ha servido asimismo de pretexto para abordar algunos problemas que, estrictamente, exceden de un análisis del artículo y que entran de lleno en la teoría de la interpretación y la integración de los contratos. En particular son los temas de la relación entre las disposiciones legales dispositivas y la llamada interpretación integradora de los contratos y, en conexión con éste, de la relación entre aquellas normas y los usos. Respecto del primero, la pregunta que se formula es la siguiente: ¿Qué reglas deben entrar en juego preferentemente: las que contienen los llamados criterios objetivos de interpretación de los contratos o las recogidas en preceptos de derecho dispositivo? El segundo punto se refiere, en cambio, al problema del rango que en la regulación del contrato ocupan las disposiciones legales dispositivas y el uso de los negocios.

Ambas cuestiones, que en un futuro trataré de desarrollar con profundidad, quedan aquí tan sólo esbozadas. El que estos temas hayan recibido por parte de nuestra doctrina una escasa atención, unido al hecho de que en alguna ocasión se atisbaran estos problemas en la exégesis del precepto aquí estudiado, quizás sirvan para justificar el breve tratamiento que de ellos se hace en este trabajo.

2. ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

La regulación del tema hoy encuentra claros antecedentes en el Derecho romano, si bien aquí los textos no hablan siempre en el mismo sentido. Mientras que según algunos el deudor debe realizar la prestación con cosas de calidad media, o que no correspondan a la calidad superior ni a la inferior (1), otros textos, en cambio, proclaman abiertamente que el deudor puede liberarse prestando la cosa perteneciente al género (2).

Para algunos romanistas (3), los menos ciertamente, no habría un diverso tratamiento del problema en el Derecho clásico y en el Derecho justiniano, sino que la regla sería que el deudor puede entregar cualquier cosa perteneciente al género, y sólo en materia de legados y en casos particulares se establecería una excepción a la misma, siempre que, teniendo en cuenta la voluntad del testador por vía de la interpretación, se reconociera que éste no había querido dejar al heredero una limitada facultad de elección.

Frente a esta tesis, fuertemente refutada (4), mantiene hoy buena parte de la doctrina (5) que la diversidad de textos se corresponde con una diversidad de épocas. El Derecho romano clásico acogería el principio de la ilimitada facultad de elección, siendo interpolados los textos en contra. Y este principio, rigurosamente lógico, vendría a ser sustituido con Justiniano por el prin-

(1) En D. 30, 37, pr. (Ulpiano): «*Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripsérunt homine legato actorem non posse eligi.*

En D. 30, 110 (Africano): «*Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens fuerem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquit.*

(2) En D. 17, 1, 52 (Javolena): «*Fideiussorem, si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit, itaque si para tus fuerit reus, quod dando ipse creditor liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.*

Véanse otros textos, citados en las obras y autores que se mencionan en las notas siguientes.

(3) DE RUGGIERO, «Le obbligazioni» (Corso di lezioni di diritto romano), 1923-1924, p. 83.

(4) Véase la dura crítica que ALBERTARIO hace de la opinión de DE RUGGIERO en Studi di diritto romano III, Milano, 1936, pp. 376 y ss.: «Queste conclusioni (se refiere a las del autor citado) a me sembrano completamente inaccettabili...».

(5) Véanse por todos ALBERTARIO, op. cit., loc. cit.; GROSSO, «Obligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche», 3.^a ed. Tomo 1960, pp. 246 y ss.; KASER, «Das römische Privatrecht»: I, 2.^a ed. München, 1971, p. 496 y II 2.^a ed. München, 1975, p. 339, n. 26; TALAMANCA, «Obbligazioni» (dir. rom.), en Enciclopedia del diritto XXIX.

cipio de la calidad media. Si bien aquí, en este último punto, algunos autores prefieren ver, con una mayor moderación, una tendencia hacia la generalización de ese principio, que sólo en algunos sectores (legado, donación) se aplicaría con todo rigor (6).

Esta diversidad de textos en el Derecho romano no dejaría de manifestarse como es lógico en el Derecho intermedio, si bien de alguna forma entre los autores se va imponiendo el criterio de la calidad media, como más ajustado a las reglas de la equidad (7).

Criterio éste que se recibe de modo claro en nuestro Derecho histórico (8), si bien referido sobre todo a los legados.

(6) Así, por ejemplo, GROSSO y KASER en los lugares citados.

(7) Los autores ponen de manifiesto las diferencias existentes entre los distintos textos (así, por ejemplo, ACCURSIO glosa Quodlibet a D. 17, 1, 52, o glosa Mediocris a C. 8, 53 (54) 35, 1) y algunos se inclinan claramente a favor de los que apuntan el criterio de la calidad media, interpretando a la luz de éstos los otros textos con argumentos más o menos sutiles (véase, por ejemplo, AZÓN, «*Lectura in Codicem*» (C. 8, 54, 35 n. 4), o BARTOLO, «*Commentaria ad Digestum*» (D. 17, 1, 52); también BALDO en su comentario a C. 8, 53, 35 (véase HORN, «*Aequitas in den Lehren des Baldus*», Köln, 1968, p. 111). De la misma opinión es ASTUTI en «*Obbligazioni*» (diritto intermedio) en Enciclopedia del diritto XXIX, p. 109.

(8) En nuestro Derecho histórico el precedente debe buscarse en la Partida sexta, título IX, ley 23. «Generalmente mandando el fazedor del testamento un siervo a otro, non lo señalando, si el fazedor dela manda, non auia mas de uno, el heredero deuele dar aquel sieruo, o otro tan bueno como el, aquel a quien es mandado. Mas si el testador ouiesse muchos sieruos, estonce es en escogencia de aquel aquien fue fecha la manda, de tomar uno dellos qual quisiere. Fueras ende, que non puede escoger el mejor, nin el que fuere despensero: o mayordomo del testador: por que es sabidor del fecho de la herencia. Mas si el testador non ouiesse sieruo ninguno: estonce en escogencia es del heredero de le comprar un sieruo, que sea comunamente bueno, e dargelo, e lo que diximos del sieruo, deue ser guardado, en las bestias, e en las otras cosas semejantes, que fuessen asi mandadas...» (El resto de la ley no interesa aquí). Salamanca, 1555. El glosador nos resume su contenido magistralmente: «*Servo vel alio animali in genere legato, si testator habet unum, ille est dandus, si plures eligat legatarius non meliorem, nec maiordomum, vel dispensatorem: quia sciunt haereditaria negotia: sed si nullum habet, emet haeres mediocrem, quem ipse elegerit...*» en Sexta Partida, Salamanca, 1555, p. 63. Y sólo dos glosas a esta ley nos interesa destacar aquí, una (gl. «el mejor») referida al supuesto en que el legatario tiene la facultad de elegir y otra (gl. «bueno») para el caso de que dicha facultad sea del heredero.

En la primera se dice: *Poterit ergo eligere mediocrem et etiam pessimum si voluerit, etiam haerede intuito...*», op. cit., loc. cit. En la correspondiente al supuesto en que el heredero elige la glosa se expresa en los siguientes términos: «*et sic non potest dare pessimum: sed mediocrem...*», op. cit., p. 64.

También GÓMEZ trata el tema, llegando a soluciones más precisas que en la citada ley de Partidas y que en nuestro Código: «... legatarius eliget non optimum, nec pessimum, sed mediocrem...» «haeres debet eligere mediocrem...». Variae Revolutiones, Venetis, 1735, t. I, XII, n. 32, dice en materia de Legados, y en sede de contratos es aún más contundente: «... quod in hoc contractu, vel promissione generica, modo promissor habeat servor, vel equos, vel res illius generis in patrimonio, modo non, semper tenetur dare idoneum et mediocrem, nec tenetur, nec potest compelli clare ex his, quos habet in patrimonio, nec ipse potest compellere creditorem recipere unum ex his quos habet si non sit idoneus, vel mediocris in suo genere ille servus

Como se ha podido ver, el precepto no es nuevo. Los antecedentes mencionados nos muestran claramente que el legislador no ha hecho sino incorporar una norma con rancia raigambre en el Derecho histórico. Por otra parte, hemos de decir que la norma examinada se halla consagrada en los Códigos extranjeros, si bien las distintas redacciones de la misma ofrecen matices diferentes, que facilitan o dificultan su interpretación. A grandes rasgos podríamos decir que hay tres tipos de formulación de la regla: según uno, el deudor se libera entregando cosa que no sea de la peor calidad dentro del género debido sin tener que ofrecer la mejor (9). Para otros Códigos, el deudor debe prestar cosa de calidad no inferior a la media (10). Un tercer grupo lo formarían aquellos legales que establecen con más precisión que el deudor habría de prestar una cosa de calidad media (11).

3. EL ARTICULO 1.167 DEL CODIGO CIVIL: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Al primer grupo pertenece nuestro Código, que en su artículo 1.167 dice: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior» (12).

equus, vel res quae offertur, et solvitur», op. cit., t. II, XI, n. 50. Véase la adición de AYLLÓN a este número de *Additiones eruditissimae ad varias resolutiones Antonii Gomezii*. Lugduni, 1676, en mismo tomo y capítulo, n. 51.

Vemos, pues, cómo se impone en nuestro Derecho el criterio de la calidad media, como debida en la obligación genérica.

(9) Véase sobre los distintos sistemas H. BÄTGE, «Gattungsschuld», en Revgl. H W B, III, 1931, pp. 627 y ss.

El artículo 1.246 del Código civil francés establece: «Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espéce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espéce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise». Véase, en cambio, POTHIER: «Traité des obligations» (Bugnet. París, 1861), n. 284.

(10) Art. 1.178 del Código civil italiano: «Quando l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di cose determinate soltanto nel genere il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media».

(11) Parágrafo 243 del B.G.B.: «Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten». Esta solución es distinta de la dominante en la opinión de los pandectistas que seguían el principio rigurosamente lógico del Derecho romano clásico que permitía al deudor liberarse con la entrega de cualquier cosa perteneciente al género (véase D. ADAM, «Die Entwicklung der Gattungsschuld im Gemeinen Recht». Dissertation. Würzburg, 1960, pp. 60 y ss.).

(12) Encuentra el precepto sus antecedentes más próximos en los proyectos de 1836 y de 1851 y en el Anteproyecto del C.c. (1882-1888). En éste, el artículo 1.184, casi igual al actual 1.167, se cita como fuente de inspiración tan sólo el artículo 1.090 del Proyecto (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del C.c. español», Madrid, 1965). Aunque la redacción sea algo distinta, se dice en él esencialmente lo mismo que en el Código («cuando la obligación fuere de entregar una cosa que no se hubiere determinado más que por su especie, y no hubiese pacto acerca de su calidad, no podrá

El precepto, aparentemente claro, plantea, como se verá enseñada, numerosos problemas. Comenzando por un examen de su texto, parece oportuno hacer algunas observaciones. De un lado se habla de cosa genérica (13), lo cual parece una concesión a la tesis que confunde fungibilidad y genericidad, entendiéndolas como categorías que se identifican (14), sin embargo ello no debe entenderse así, pues hay preceptos en el Código que muestran precisamente lo contrario (15); pero en todo caso no nos parece

exigirse una cosa de la calidad superior, ni entregarse de la inferior». Por su parte, el Proyecto de 1836 decía en su artículo 1875 «en las deudas de género, el que se entregare para pago deberá ser de la clase y calidad que se hubiese pactado», añadiendo el 1876 que «no habiendo pacto acerca de este punto, no podrá exigirse de la calidad superior, mas tampoco podrá ofrecerse de la inferior».

En cambio, el actual artículo 875, párrafo tercero («la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior») difiere de su antecedente en el Anteproyecto (párrafo tercero del art. 860), que añadía: «habida consideración al capital hereditario y a las circunstancias personales del legatario», recogiendo casi al pie de la letra el texto del párrafo segundo del artículo 691 del Proyecto de 1851. La supresión llevada a cabo, que yo creo debe ser acogida favorablemente como se deduce de lo que se dirá más adelante en el texto aparte de otros motivos, enlazaba con la tradición que podría estar representada en este punto por el Proyecto de 1836 («... En todo caso deberá elegirse una cosa de valor medio entre sus semejantes», decía su art. 3.313). En LASSO GAITE, «Crónica de la codificación española. 4-II Codificación Civil», Madrid, 1979.

(13) Al igual que en el artículo 1.096, párrafo segundo, y el artículo 875.

(14) Véase sobre el tema ZARRELLI, «Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione», Napoli, 1969, pp. 79 y ss.

En la línea de un concepto de fungibilidad que atienda no sólo a las consideraciones del comercio sino además a la voluntad de las partes donde su separación de la genericidad se hace imposible, encontramos a un importante sector de nuestra doctrina, que podríamos denominar tradicional. Véase por vía de ejemplo GÓMEZ DE LA SERNA, «Elementos del Derecho civil», I, Madrid, 1851, p. 679; BENITO GUTIÉRREZ, «Códigos fundamentales» II, 25 ed., Madrid, 1871, pp. 10 y ss.; FALCÓN, «Comentarios al Código civil español» 2, p. 13; MANRESA, «Comentarios al Código civil español» III, 7.^a ed., Madrid, 1952, pp. 73 y ss.; SCAEVOLA, «Código civil comentado y concordado» VI, 5.^a ed., Madrid, 1949, pp. 280 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, «Derecho civil español común y foral» II, 2.^a ed., Madrid 1889-90, pp. 492 y ss.; CASTÁN, «Derecho civil español común y foral» I-2.^a, pp. 527 y ss.

(15) Si se examinan los preceptos del Código que se refieren a las cosas fungibles o a las obligaciones genéricas, con independencia de que identifiquemos a las primeras con las cosas consumibles o con las sustituibles, se llega a la conclusión de que fungibilidad y genericidad son categorías distintas. Mientras que la primera aparece como una cualidad de las cosas independientemente de la manera en que formen parte de las relaciones jurídicas la genericidad y la especificidad son referidas a modos en que las cosas objeto de la prestación de la obligación se encuentran determinadas. ¿Qué sentido tiene el propio artículo 1.167, que parte de una diferenciación entre las cosas pertenecientes al género, si fungibilidad y genericidad fueran categorías coincidentes? También el artículo 1.452 ofrece un claro apoyo a la distinción. En su apartado segundo se aplica la regla general del riesgo en la compraventa a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un sólo precio, la llamada venta en bloque; y la razón no es otra sino la de que se trata de una compraventa específica en la que el objeto determinado individual y específicamente. En la mente del legislador no se

correcto hablar de «cosas genéricas» como si la genericidad fuese una cualidad de las cosas y no un modo de determinar el objeto de la prestación. En este punto, como en otros, la redacción contenida en su precedente, el Proyecto de 1851, y en algunos códigos extranjeros se presenta mucho más depurada técnicamente.

Por otro lado se dice en el precepto «cosa indeterminada o genérica» frente a cosa determinada (correspondiente a la obligación específica), como si el requisito de la determinación fuera cumplido en un tipo de obligación y no en el otro; esta terminología resulta contradictoria e incongruente con la propia normativa del Código, que exige para que nazca la relación obligatoria que su objeto (identificado con la cosa en las obligaciones de dar) se encuentre determinado. Es claro que se trata de un mero lapsus terminológico del legislador que no plantea mayores problemas, tanto en un caso como en otro la obligación tiene su objeto determinado aunque de distinta forma, individualmente o de modo genérico (16).

Finalmente, y antes de entrar en el estudio del contenido del precepto, se nos plantea una duda tras su lectura: ¿Se encuentra una definición de la obligación genérica en el artículo 1.167? Una interpretación meramente gramatical nos podría llevar a concluir respondiendo afirmativamente. El legislador definiría este tipo de obligación a través del concepto que parece dar de la mal llamada cosa genérica con la frase entre comas «cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado» (17). Sin embargo, estimamos que el Código no está en este precepto definiendo nada, está meramente distinguiendo. Está determinando el supuesto de hecho en que entra en aplicación el criterio de la calidad media: nos dice simplemente que no en toda obligación genérica entrará en juego este criterio, sino tan sólo en el caso en que no se hubiese expresado la calidad y circunstancias de la cosa a entregar; sin excluir en absoluto la posibilidad de que existan supuestos de obligación genérica en los que se hubieran expresado aquéllas por la o las partes.

Esta interpretación viene exigida por la propia lógica de las cosas, que impide llegar a la absurda conclusión a que se llega con el puro sentido gramatical del texto. Además viene corroborado lo que aquí se mantiene por la simple lectura del artículo 1.090 del proyecto de 1851, del que procede el actual 1.167. Aquél, con una redacción mucho más afortunada, decía: «cuando la obligación fuere de entregar una cosa que no se hubiere determinado mas que por su especie, y no hubiere pacto acerca de su calidad...». La conjunción copulativa «y» nos muestra la frase

descarta, por tanto, que cosas fungibles sean determinadas en la relación obligatoria específicamente.

(16) Véase el artículo 860 del Código civil y el párrafo segundo del artículo 875.

(17) Véase «Esbozo de una nueva gramática de la lengua española», Madrid, 1976, pp. 525 y 526.

entre comas como un requisito o elemento más del supuesto de hecho de la norma estudiada que sería: obligación genérica más ausencia de pacto sobre la calidad de la cosa.

El precepto, como se ha puesto ya de manifiesto, presupone que el género del que han de extraerse las cosas a entregar comprende distintas calidades, y se refiere, como dice Kisch, a deudas genéricas, en que el género determinado es tan amplio que contiene distintas categorías (18).

Como dice el profesor Díez-Picazo «esta concepción es seguramente anacrónica y responde a las coordenadas de un tipo de comercio muy poco diferenciado y poco preocupado por la calidad de los productos. Se trata de un comercio indiferenciado, en el cual la designación de la cosa objeto de prestación se hace únicamente a través de su naturaleza o substancia (por ejemplo, granos, vinos, etc.) (19), (20).

En efecto, parece que la diversificación de los productos que el desarrollo industrial y comercial ha provocado hace que la designación de la cosa objeto de la prestación sea bastante más precisa en la realidad que la prevista por el legislador, haciendo prácticamente inútil el precepto analizado (21).

4. ALCANCE DEL PRECEPTO: NORMAS DEL DERECHO DISPOSITIVO E INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

En cuanto al carácter de la disposición que aquí se examina no parece discutible que el precepto que se estudia contiene una norma de derecho dispositivo, permitiendo que a ella se antepone-

(18) KISCH, «Gattungsschuld un Wahlschuld», München-Leipzig, 1912, páginas 71 y ss.; también Staudingers Kommentar II-1, 11 ed., Berlin, 1967 (WEBER), p. 665. Y ello no es contradictorio con entender también que el artículo «da a entender que las cosas genéricas o indeterminadas tienen una determinación de principio, pues sólo se puede predicar de ellas que son de calidad inferior o superior cuando hay, dentro del género, cierta uniformidad: cuando éste puede ser abarcado por un denominador común de alguna comprensión». (LACRUZ, «Elementos de Derecho civil», II-1.^o, Barcelona, 1977, p. 47).

(19) «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», Madrid, 1970, p. 486.

(20) Para BÄTGE (ob. cit., p. 627), en cambio, en la mayoría de los casos se presenta una diferenciación de calidades entre las cosas pertenecientes al género. Y en nuestra doctrina BERCOVITZ («Comentarios al Código civil», XVI-1. Madrid, 1980, p. 117), piensa que la utilidad del precepto subsiste en la actualidad, y alega las siguientes razones: «1.^o Por que existen amplios sectores del mercado en los que, tanto por su propia naturaleza como por los usos o por las conveniencias de las partes intervinientes se sigue determinando los bienes únicamente en forma genérica, por su pertenencia a un género. 2.^o Porque dada la actual tendencia al deterioro de la calidad en los bienes, como consecuencia de la producción en masa y del consumismo me parece que la referencia a calidades medias puede constituir un freno a dicho deterioro y a los abusos más flagrantes que de continuo se producen. Se trata, pues, de una norma utilizable a favor de la protección que hoy en día requiere el consumidor».

(21) La doctrina italiana se hace eco en cierta manera de esta idea. Según PANUCCIO («Obbligazioni generiche e scelta del creditore», Milano,

gan los pactos de las partes, pudiendo expresar éstas la calidad y circunstancias de la cosa a entregar de tal manera que se presente entre las cosas pertenecientes al género determinado una sustituibilidad absoluta (fungibilidad). Así, el precepto no entraría en aplicación; no habría dentro del género calidades diferentes, presupuesto necesario para que el artículo 1.167 se aplique. Por ello parecía innecesario que el legislador nos lo recordara expresamente en una frase poco feliz, que nada aclara y siembra cierta confusión como ya vimos y veremos después: «..., cuya claridad y circunstancias no se hubiesen expresado...». Los códigos extranjeros que nos son más cercanos omiten el inciso, y no por ello se ha discutido acerca del carácter imperativo o dispositivo de la norma. Así Demolombe, comentando el artículo 1.246 francés nos dice que se trata de una norma fundada en la interpretación verosímil y equitativa de la común voluntad de las partes, a falta de esta voluntad expresa jugará esta norma, aplicación del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones» (22). Oppenheim también destaca esta idea sobre el carácter dispositivo del párrafo 243-1 del B.G.B. cuando dice que ésta sólo puede aplicarse cuando las partes no han tomado ningún otro acuerdo sobre la calidad de la cosa a entregar (23). Y entre los italianos no falta tampoco quien manifieste esta opinión (24).

Hasta aquí todo parece estar claro. Sin embargo los problemas empiezan cuando se examina con cierto detalle el alcance del precepto, al plantearnos el cómo y el cuándo entra en aplicación el criterio de la calidad media (o intermedia).

Los pocos autores que han afrontado la cuestión han ampliado generosamente el alcance del precepto, quizás influenciados por la idea de que el principio de equidad está latente en el mismo.

Así Demolombe dice que «el artículo 1.246 no es imperativo —ya con anterioridad lo vimos—, de donde se sigue que las circunstancias del caso pueden modificar su aplicación. Lo que es necesario buscar sobre todo es el fin que las partes se han propuesto, y la clase de servicio, de función, a la cual, conociéndolo el promitente, entendía emplear la cosa, que constituía el objeto del contrato. Por ejemplo, Pablo se obliga respecto de Pedro a entregarle un caballo. ¿Qué caballo? ¿De labor? ¿De carreras? ¿De

1972, pp. 41 y 42, n. 50): «la dottrina ha osservato che questa norma ha avuto scarsa applicazione soprattutto a causa della prassi contrattuale (che appuntone conferma la derogabilità) di determinare contrattualmente la qualità delle cose generiche dedotte in obbligazione, e di prefissare i limiti di tollerabilità della mancanza di qualità della merce: GIORGIANI, Corso di dir. civ. L'inadempimento, Milano, 1959, p. 29; Miccio, Delle obbligazioni cit., página 218. In giurisprudenza citazioni in Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, diretta da Nicolò-Torreto, Milano, 1954, IV, 1, p. 14».

(22) «Cours de Code Napoleón», XXIV, 3.^a ed., París, p. 219; también LAURENT «Principes de Droit civil», XVII, 3.^a ed., Bruxelles, pp. 547 y 548.

(23) «Die Haftung des Gattungsschuldners» Diss. Cassel, 1911, p. 14.

(24) Véase la nota 21.

paseo? El contrato no se explica. Pues bien, entonces, se tendría en cuenta la posición del acreedor, su situación, sus costumbres, la profesión del deudor, según vendiera habitualmente caballos para tal o cual servicio, el precio más o menos considerable que se haya estipulado; entre otros, estos son los elementos que podrían servir para decidir esta cuestión de hecho; y cuando se constate qué tipo de caballo prometido debe ser entregado, sería entonces el 1.246 el artículo aplicable» (25).

Loable parece la matización del autor francés por lo que de intento de restricción del ámbito del precepto tiene; sin embargo, cabría estimar que esas circunstancias que sirven para encontrar el alcance y sentido de las manifestaciones de las partes, para, en definitiva, interpretar el contrato, deberían ser tenidas en cuenta también una vez encontrado el tipo de caballo para saber, si dentro de este tipo hay diferentes calidades, la calidad a entregar. ¿Por qué limitar el ámbito de la interpretación en favor de esta norma dispositiva? ¿Qué sentido tiene emplear los criterios de interpretación recorriendo tan sólo una parte del camino sin llegar hasta donde éstos nos lleven? Se apunta el problema: se trata de saber hasta dónde llegaría la interpretación y dónde empezaría a jugar la norma que estamos analizando, dispositiva como sabemos. Más adelante veremos las consecuencias prácticas que se derivan de las distintas posturas y la tesis que nos parece defendible. Pero como ya hemos adelantado lo que se está planteando no es ni más ni menos que un problema de teoría general, el del ámbito de aplicación del derecho dispositivo en relación con la interpretación de los negocios atendiendo a los criterios subjetivos y objetivos que la ley recoge.

En la misma línea de Demolombe, Manresa opina que «este precepto no cabe entenderlo en un sentido de extremado rigor para buscar siempre en cada obligación genérica el justo y exacto término medio, tan difícil de hallar en algunos géneros, en que las diferencias producen tanta variedad de tipos de tasación. En esos casos, las exigencias del precepto y de la justicia que lo inspira se cumplen con que el objeto dado en pago no esté comprendido en los límites extremos, pudiendo recorrer toda la extensión de los términos medios, y siendo muy de apreciar para detenerse en alguno de éstos, las circunstancias, textos y fines, sobre todo, de la obligación; los precios ordinarios de los objetos donde hayan de usarse y pagarse; la aplicación de necesidad o lujo que según la obligación haya de dárseles; la posición de los contratantes, y, muy señaladamente, el importe de lo que sea su equivalencia, si la obligación fuese recíproca» (26).

Manresa ve en el artículo 1.167 un término medio amplio que

(25) Op. cit., loc. cit.

(26) Comentarios al Código civil, VIII-1.^o, 6.^a ed. (Moreno Mocholí), Madrid, 1967, pp. 638 y ss.

va desde la calidad superior a la inferior, y en este haz de calidades intermedias entre estos dos extremos se elegirá la que derive en definitiva de una interpretación, ya sea subjetiva u objetiva, del contrato generador de la obligación genérica correspondiente según las normas que nuestro Código civil establece al respecto (arts. 1.281 y ss.). Sin embargo, podría parecer absurdo que si a través de una interpretación del negocio se deduce que la calidad establecida dentro del género es la superior o la inferior no pueda exigirse la primera o entregarse la segunda por causa del artículo 1.167 que, de esta manera, es antepuesto por Manresa a la voluntad de las partes, aunque el autor español reduce las consecuencias de su tesis al entender la llamada calidad media como equivalencia a calidad intermedia entre los dos extremos, siguiendo literalmente el texto de nuestro precepto, dando entrada luego a los criterios normativos de interpretación para establecer la calidad debida dentro de ese abanico de calidades intermedias. Sin embargo parece, a primera vista, equivocado el camino seguido por Manresa, pues lo lógico parece aplicar en primer lugar las normas sobre la interpretación del respectivo negocio y tratar de averiguar la voluntad e intención de las partes; así se sabrá si nos encontramos en la salvedad establecida por el artículo 1.167 a la aplicación de su regla en las obligaciones genéricas; o sea, si en el caso de que se trate se ha expresado la calidad y circunstancias, con lo que el criterio del artículo no entraría en juego. Por tanto sólo en el supuesto de que fuera imposible establecer con exactitud dentro del género la calidad debida según la voluntad de las partes, interpretada de acuerdo con los distintos criterios normativos, sólo entonces el artículo 1.167 entraría en juego. Esta nos parece en principio solución más correcta que la establecida por los autores citados, es indudable que se corresponde mejor con los principios que informan la normativa de nuestro Código en Derecho de obligaciones, aunque no negamos que necesita de una serie de matizaciones que se harán aquí en breve. Nos preguntamos si Manresa llega a sus conclusiones por estimar, es una mera suposición, que el término «expresado» que emplea el legislador hay que entenderlo como «declarado expresamente»; lo cual es más que dudoso pues en otros preceptos donde el Código es más tajante empleando términos como «expresamente» (27), o «terminantemente» (28), la doctrina y la jurisprudencia se ha inclinado a creer que no es necesariamente una declaración expresa sino que basta con que se llegue a determinar, a través de la interpretación, que tal y no otra fue la voluntad de las partes. No vemos la razón de que en este precepto, el 1.167, haya que entender otra cosa.

Entre los pocos autores que han afrontado el tema ahora plan-

(27) Artículos 1.132, 1.137...

(28) El artículo 1.204, por ejemplo.

teado, Luzzatto (29) parece estar también dentro de la línea aquí criticada, si bien en vez de alabar el precepto, como hacían Demolombe y Manresa, hace del mismo una crítica feroz, y defiende su no aplicación a la compraventa genérica: «... para la más precisa determinación del género, para la determinación de la calidad de la cosa vendida, ¿qué criterios deberán seguirse? Por cuanto ataÑe a la calidad de la cosa ha de considerarse la norma del artículo 1.178 (nuestro 1.167)... Criterio muy expeditivo, pero otro tanto tosco e inexacto. Creemos que tratándose de un contrato de prestaciones equivalentes, como es la venta, deben prevalecer otros criterios más en consonancia con la estructura del contrato... (30).

Debemos, pues, inspirarnos ante todo en la contraprestación, para suplir a la imperfecta determinación de la prestación contractual, más bien que el criterio ciego, mecánico, inflexible del artículo 1.178, cuya injusticia en los contratos onerosos es de una evidencia absoluta. Evidentemente, ¿por qué el vendedor no debería poder prestar cosas de calidad inferior a la media, si el precio, a su vez, es inferior al precio medio? En el sentido por nosotros indicado, no sólo hablan principios de justicia, sino también la presumible intención de los contratantes, así como por lo demás puede deducirse de muchas de las normas del Código en materia de interpretación de los contratos: ... (31).

Si, en resumidas cuentas, se alcanzase a demostrar que esta opinión es errónea in iure conditio, y que debe aplicarse también a los contratos onerosos el artículo 1.178, entonces, se manifestaría

(29) «La compraventa según el nuevo Código civil italiano», trad. por Bonet Ramón), Madrid, 1953, pp. 56 y ss.

(30) «En efecto, cada vez que deba suplirse con este o aquel medio a las lagunas de la voluntad contractual, es necesario proceder teniendo en cuenta la naturaleza onerosa del contrato, en el que se tiene una prestación y una correspondiente contraprestación, y en el que la una tiene, por así decirlo, en la otra, su presupuesto, su razón de ser, o como dice la doctrina tradicional, su causa jurídica».

(31) «... de aquella que quiere se tenga en cuenta la común identificación de los contrayentes (art. 1.362, equivalente a nuestro art. 1.281), la cual debe entenderse a su vez más bien en el sentido de un equilibrio de intenciones, que de un equilibrio entre las prestaciones opuestas; de aquella por la cual las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras (art. 1.363, como nuestro art. 1.285 del Código: interpretación sistemática); de aquellas que quieren que el contrato sea ejecutado e interpretado según la buena fe (arts. 1.366 y 1.375, en nuestro Código: art. 1.258); de aquella por la cual las expresiones equívocas deben ser entendidas en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato (art. 1.369, su equivalente español es el art. 1.286 del Código civil: interpretación finalista). Finalmente, es importante la disposición del artículo 1.371, el cual da, por así decirlo, una última ratio para la interpretación de los contratos al establecer que, si no obstante la aplicación de los otros principios interpretativos el contrato permanece todavía, éste debe interpretarse, si es a título oneroso, en el sentido que realice la equitativa moderación de los intereses de las partes (nuestro art. 1.289), y propiamente éste es el criterio que nosotros aplicamos para la determinación de la cosa vendida».

imperiosa la exigencia de modificar este artículo para adaptarlo mejor a los principios de justicia, a las exigencias de la vida jurídica, así como para mejor coordinarlo con otros principios del mismo Código. Concluimos pues la importancia de la entidad del precio a la hora de establecer la calidad debida en caso de dudas.

Las palabras de Luzzatto ponen de manifiesto algo que aquí interesa destacar. El artículo 1.167, o sus concordantes en los ordenamientos extranjeros, se presenta, si se le da el alcance que los autores citados le han dado, como una norma que daría lugar a consecuencias injustas, a través de la aplicación indiscriminada del criterio de la calidad media. El principio de justicia, de equidad, de buena fe, que aquellos autores ven reflejados en el fondo de la regla chocaría de manera evidente con la aplicación de la misma en algunos casos. Sin embargo, el autor italiano no acierta, a nuestro modo de ver, a resolver correctamente el problema. El aboga por su no aplicación a la compraventa genérica y alega en apoyo de su tesis únicamente que en esta materia se llega a soluciones más justas aplicando las normas sobre interpretación de los contratos, y finalmente pide que se modifique el precepto, si su opinión no se entendiera correcta.

La misma razón de justicia se daría, en nuestra opinión, respecto de obligaciones genéricas derivadas de negocios jurídicos distintos de la compraventa; el problema no es exclusivo de este contrato. Por otra parte no vemos ningún apoyo serio para entender que el precepto (nuestro 1.167) no se deba aplicar a la compraventa genérica. Y tampoco se hace preciso pedir la modificación, ni la derogación del precepto por razones de justicia material (en todo caso sería por otros motivos), pues cabe encontrar una solución que haga del mismo una norma ciertamente inspirada en la equidad. Para ello será necesario darle el alcance que, en nuestra opinión, le corresponde en sus justos y precisos términos como norma de derecho dispositivo. Y esto es lo que trataremos de hacer a continuación.

¿Cómo salvar en nuestro Derecho el conflicto (?) a primera vista existente entre la aplicación del artículo 1.167 y la de los artículos 1.281 y ss. del Código civil cuando, como ocurrirá en la mayoría de los casos, la obligación genérica sea generada por un contrato? En principio, sólo en principio, podría pensarse en una prioritaria aplicación del artículo 1.167 por ser especial, referido específicamente a las obligaciones genéricas. Ahora bien, no olvidemos que se trata de una norma de derecho dispositivo, y que el mismo precepto establece que su criterio (netamente integrador, no interpretativo) se aplicará sólo en caso de que no se haya expresado la calidad y circunstancias de la cosa (suficientemente para no permitir la variabilidad de calidades, siendo fungibles entre sí las cosas del género). Pues bien, para saber si se han expresado esa calidad y circunstancias de manera que se excluya

la aplicación del criterio de la calidad media será absolutamente necesario interpretar el contrato realizado por las partes, averiguando su alcance y sentido, teniendo en cuenta para ello las normas que el mismo Código dicta al respecto.

Pero la cuestión no es tan sencilla. Como ya se ha observado, en los preceptos que el Código dedica a la interpretación de los contratos que se recogen dos tipos de criterios interpretativos, habría dos bloques de normas, un primer bloque (arts. 1.281-1.283) serían normas de interpretación subjetivas; el resto (arts. 1.284-1.289) comprendería las llamadas normas de interpretación objetiva. Las primeras dirigidas a la averiguación de la voluntad real de los contratantes. Las segundas encaminadas a una interpretación de la declaración contractual, atribuyendo a la misma un sentido y un significado objetivos, incluso con independencia de la voluntad real de los contratantes (32). En primer lugar parece que entrarían en juego los criterios de interpretación subjetiva, posteriormente y de manera subsidiaria, cuando no se encuentre de ese modo la intención común y real de las partes, jugaría la llamada interpretación objetiva (33), (34).

Según esto, parece evidente que deberán ser tenidos en cuenta los criterios de la interpretación subjetiva a fin de saber si las partes se decidieron por una determinada calidad de la cosa a entregar, excluyéndose la aplicación del criterio de la calidad media. Otra cosa supondría estimar que la declaración de las partes sobre la calidad y circunstancias debe ser expresa, lo que ya anteriormente hemos desecharido. ¿Y las normas de interpretación objetiva? ¿Deberán tenerse en cuenta también para llegar a determinar la calidad y circunstancias establecidas en el contrato? ¿Se debe por el contrario no considerar aquéllas y aplicar el artículo 1.167 que contempla el supuesto de la obligación genérica especialmente? En resumen, lo que aquí se está cuestionando es si los criterios interpretativos contenidos en los artículos 1.284-1.289 y 1.258 C. c. (35) tienen o no prioridad sobre el criterio supletorio del artículo 1.167.

(32) CASTRO, «El negocio jurídico», Madrid, 1971, pp. 80 y ss.; DÍEZ-PICAZO, op. cit., pp. 248 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», XVII-2º, Madrid, 1981, pp. 16 y ss.

(33) DÍEZ-PICAZO, op. cit., loc. cit. y LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., p. 17. También cabe señalar el intento por parte de algunos autores de establecer un orden de prelación en la aplicación de los criterios objetivos de interpretación. Véase, por ejemplo: OPPO, «Prolifi dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico», Bologna, 1943, pp. 103 y ss., y GRASSETTI, «L'interpretazione del negozio giuridico», reimpr. Padova, 1983, pp. 225 y ss., 254 y ss.

(34) En este punto es interesante tener en cuenta la discusión sobre el valor de las normas de interpretación de los contratos. En nuestro país véase CASTRO, «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley», en A.D.C., 1977, pp. 847 y ss., y LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., pp. 17 y ss., especialmente la nota 28 en p. 17.

(35) En la medida en que cabe entender que este artículo, el 1.258, no se limita a establecer las fuentes de integración del contrato, sino que

Para resolver este problema, que puede tener una enorme importancia práctica, se hace preciso establecer con claridad el diverso papel que en el Ordenamiento juegan las normas de interpretación objetiva y las normas supletorias o dispositivas, o lo que es lo mismo, entendiendo aquella en un sentido amplio, las normas referentes a la interpretación integradora y las normas de integración sin más. La diferencia entre uno y otro tipo de normas parece, por lo menos en principio y en un plano teórico, bastante clara. Betti la pone de manifiesto: «Lo que llamamos interpretación integradora recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa, siendo, por ello, encuadrados en el contenido del negocio»... «Siendo irrelevante, por otra parte, que el declarante en concreto aunque hubiese reflejado aquel punto, estuviera dispuesto a regularlo según la buena fe, el uso social, etc..., porque no se trata de atenerse a una voluntad hipotética, sino únicamente a la posibilidad (y a la carga) de su inteligencia por las partes. Ciertamente, que entre la interpretación dirigida a aclarar el significado y la integración con normas supletorias o dispositivas existen rasgos comunes, pues toman como base la causa para la composición de intereses en el tipo abstracto de negocio y aplican de conformidad con ello criterios deducidos de fuentes comunes como la buena fe. Pero la interpretación, y ésta es la nota esencial que le caracteriza, presupone conceptualmente un dato contenido en el negocio concreto ya implícito, ya explícito, una idea (precepto) del negocio más o menos manifestada con fórmula adecuada. Por el contrario la interpretación con normas supletorias o dispositivas presupone precisamente la falta de un precepto recabable de la fórmula, por lo que se produce en ella una laguna que alcanza a la idea misma (precepto) en la regulación negocial, lo que no se refiere al tipo de negocio, sino únicamente a sus efectos, ya que la integración es integración de los efectos. Cuando sólo tiene lagunas la fórmula del negocio, interviene la interpretación integradora, que constituye siempre una reconstrucción de la idea del negocio, únicamente apoyada en una específica fórmula o cláusula, pero inducida del contenido lógico y práctico del concreto negocio considerado en su conjunto y en conexión con el ambiente social» (36).

Estamos en línea de principio, de acuerdo con las opiniones del autor italiano, y con la conclusión que de ellas se derivan: la

también se refiere a la buena fe como criterio de interpretación objetiva o en su función interpretativo-integradora. Sin embargo, algunos autores consideran forzado el apoyo en el artículo 1.258 de esta función del principio de la buena fe. Véase LÓPEZ LÓPEZ, ob. cit., pp. 20 y ss. y LASARTE ALVAREZ, C., «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)», en R.D.P., 1980, páginas 67 y ss.

(36) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, (trad. por de los Mozos), Madrid, 1975, pp. 368 y ss.

interpretación, entendida ésta como algo más que la tarea de determinar la voluntad real de las partes, sino englobando también en ella la reconstrucción del significado objetivo de la declaración hecha, la interpretación así entendida debe constituir una fase anterior a la mera integración del negocio que tiene por presupuesto la absoluta falta de reglamentación negocial (37). Así parece exigirlo el reconocimiento del principio de la autonomía privada, que se ve ciertamente mucho más respetado de esta manera. Por otra parte ya vimos cómo se llega en los casos concretos planteados a soluciones de dudosa justicia cuando se procede a aplicar prioritariamente las normas dispositivas. Frente a éstas las normas de interpretación objetiva contienen unos criterios lo suficientemente flexibles para que en su aplicación a los distintos casos concretos se llegue a soluciones que verdaderamente se corresponden con la presumible voluntad de las partes y que se presentan más satisfactorias desde el punto de vista de la justicia material (38).

(37) Así, acaba el autor italiano concluyendo: «después de cuanto se ha dicho se comprenderá perfectamente que las normas sobre la interpretación, y entre ellas las de interpretación objetiva, tengan precedente lógica sobre las normas supletorias o dispositivas. Así es, porque aquéllas se refieren al tipo mismo de negocio, mientras que éstas conciernen sólo a sus efectos, o sea, a su tratamiento teniendo aquéllas la precedencia según el criterio, conforme al cual donde hay una declaración de las partes o cualquier cosa que forme parte integrante de ella (como los criterios deducidos de los usos o de la buena fe), allí no pueden entrar a regir normas que, como las supletorias o dispositivas, provean a disciplinar los efectos del negocio presuponiendo la ausencia de cualquier declaración o de una declaración contraria. En la medida en que alcanza vigor la regulación de las partes, allí no hay lugar para una regulación legal supletoria o dispositiva, o dicho de otra manera, donde se extienda en cualquier medida o tenga vigor la regulación de las partes, se determina aquélla sólo por medio de la interpretación».

(38) En nuestra doctrina, es de esta opinión, aunque con importantes matizaciones, el profesor CASTRO. Al tratar de las funciones que la interpretación cumple dice lo siguiente: «La función complementaria supone salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjectura. Cuando lo declarado es insuficiente para reglar debidamente la relación negocial, se hace necesario el llenar las lagunas que se revelan existentes en el negocio. En tal caso, se acude primeramente a lo que se ha llamado «la voluntad hipotética» o «interpretación objetiva»; presumiendo que se quiso lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, si hubiese previsto la cuestión planteada. Cuando ello no resulte posible habrá de recurrirse a la integración de la regla negocial con las normas jurídicas supletorias (Derecho dispositivo).» *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 78. Las matizaciones a las que antes se ha aludido se verán más tarde al tratar de los usos. También ALBALADEJO defiende la opinión mantenida en el texto: «Podría pensarse que no habiéndose regulado en la declaración todo lo necesario, el camino más adecuado fuese, no el de integrar aquella en los términos expuestos, sino el de suplir sus deficiencias de regulación, con la regulación supletoria (supletoria de la voluntad negocial) que establezcan para el caso las normas iurídicas. Mas, tal pensamiento, de suplir en vez de integrar, no es acertado, ya que, por definición, la ley pretende suplir sólo a falta de regulación establecida por la voluntad de los interesados. Y siendo esto así, es más congruente con ese espíritu legal el suplir únicamen-

Ahora bien, sin ánimo de entrar a fondo en el problema aquí planteado, lo que exigiría abordar cuestiones como la de la delimitación entre las tareas de interpretación e integración del contrato, el fundamento del Derecho dispositivo, el concepto de laguna en relación con los contratos y otras muchas, para acabar tratando del clásico tema del valor de la voluntad y la declaración en el negocio jurídico, de la distinción entre contenido y efectos de éste y su inserción en el ordenamiento jurídico; sin ánimo de ello, sí que parece conveniente hacer algunas consideraciones sobre lo dicho, para no pecar de excesivamente simplista. En primer lugar se expondrán los argumentos que se han esgrimido para afirmar la preferencia del derecho legal dispositivo sobre la interpretación integradora (39). La exposición crítica de esta tesis nos servirá para introducir después algunas precisiones en la opinión aquí defendida.

Generalizando y tratando quizá de simplificar demasiado las

te a falta de voluntad efectiva y, además, de regulación extraíble para el caso de lo que, si bien, no dijo esa voluntad efectiva, es, sin embargo, congruente con ella, y presumiblemente, aunque no expresado, estuvo en el ánimo (o lo hubiera estado, de plantearse el punto) de quien o quienes otorgaron el negocio que fuese». En Derecho civil, I-2.^o, Barcelona, 1975, página 335. En cambio, se manifiestan en una línea distinta a la aquí expuesta: PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho civil», II-1.^o, Barcelona, 1978, página 236, que parece abogar por la preferencia de las normas de Derecho supletorio sobre la interpretación integradora. Por su parte LACRUZ se acerca en la práctica a esta última postura, en las escasas posibilidades que concede a la autointegración del contrato, en «Elementos de Derecho Civil», II-2.^o, Barcelona, 1977, pp. 230 y ss.

(39) En este tipo de interpretación se trata de completar la regulación contractual a partir de las declaraciones de voluntad llevadas a cabo. Se trata de una tarea a medio camino entre la interpretación en sentido estricto, ya se realice conforme a criterios subjetivos o siguiendo módulos objetivos, que parte de una manifestación de voluntad, y la integración, que completa la reglamentación contractual con fuentes extrañas al contrato mismo. De alguna manera se podría decir para separar la interpretación integradora de la integración del contrato que mientras la primera supone una autointegración del mismo, la segunda implica su heterointegración. O, como alguien ha dicho, mientras que la interpretación integradora sirve para colmar lagunas de la declaración de voluntad, la integración pretende llenar lagunas del mismo negocio (véase BETTI, ob. cit., pp. 367 y ss.).

Por otra parte, frente a la propia interpretación o interpretación en sentido estricto, se puede decir que si ésta, sea subjetiva u objetiva, parte de la existencia de una declaración de voluntad cuyo sentido trata de averiguar, la interpretación integradora presupone su ausencia, aunque necesariamente las tenga en cuenta. Es decir, mientras que en la interpretación «stricto sensu» hay una conexión directa e inmediata con el texto de la declaración, en la interpretación integradora esta conexión es indirecta, se buscan puntos de apoyo en el texto de la declaración para, conforme a los criterios hermenéuticos, resolver una cuestión que no se encuentra contemplada en la misma (sobre la esencia y límites de la interpretación integradora me parecen sumamente interesantes las consideraciones de KNOPP en Soergel B.G.B. 1 (Allgemeiner Teil), 11 ed., 1978, pp. 872 y ss.). Sin embargo, en nuestra opinión, la única distinción que existe es entre interpretación e integración. No hay un tercer género. La interpretación integradora se situaría dentro de la interpretación.

cosas podríamos decir que fundamentalmente se ha mantenido la preferencia de las disposiciones legales dispositivas sobre la interpretación integradora desde dos perspectivas distintas. Una, tradicional, que se basa en un pretendido fundamento del Derecho dispositivo. Otra, más en boga en la actualidad, que parte de la naturaleza de la llamada interpretación integradora. Aquella justificaría la preferencia del derecho dispositivo tomando como base la antigua y hoy desprestigiada opinión, que en su día dominó en la ciencia de las Pandectas, de que las normas dispositivas se fundan en la real o presunta voluntad de las partes contratantes (40). De ahí a decir que estas normas representan una interpretación integradora del contrato regulada por la ley sólo hay un paso (41), y ya estaría justificado el rango prioritario de las disposiciones legales dispositivas sobre la interpretación integradora. No parece que sea necesario ya entrar en el análisis de esta dirección, cuyas bases están montadas sobre arenas movedizas. La idea de que el Derecho dispositivo se basa en la presunta o hipotética voluntad de las partes ha sido ya suficientemente criticada (42) y hoy goza de escaso predicamento, tan escaso como el culto al poder de la voluntad individual al que respondía (43).

Por eso vamos a entrar ya en la tesis que basa la prioridad del Derecho dispositivo en la naturaleza de la interpretación integradora. Dejando a un lado otras exposiciones (44) vamos a

(40) Así, BRINZ, SAVIGNY, THÖL, WÄCHTER, entre otros. Véase KNÖRINGER, «Vertragsauslegung und gesetzliche Beschaffungspflicht», Diss., München, 1973, pp. 13 y ss.

(41) Así lo ha entendido en algunas sentencias el Tribunal Supremo Federal alemán (véase KNÖRINGER, ob. cit., p. 18).

(42) Véase la crítica ya en BÜLOW AcP 64, pp. 1 y ss., STAMMLER AcP 69, páginas 1 y ss., o en DERNBURG Pandekten I-6.^o ed., núm. 32. Y otros recogidos en KNÖRINGER, ob. cit., pp. 16 y ss. Sobre la función de las disposiciones legales dispositivas, véase D. LEENEN, «Typus und Rechtsfindung», Berlin, 1971, pp. 127 y ss., y las breves consideraciones de MENEZES CORDEIRO, en «Direito das obrigações», 1, Lisboa, 1980, pp. 72 y ss.

(43) Pero es que además el sólo fundamento alegado del Derecho dispositivo no puede servir para sin más conceda a éste la primacía sobre la interpretación integradora, porque incluso en esta línea de pensamiento nos encontraríamos ante dos voluntades hipotéticas (la recogida en la ley y la que resultara de la interpretación integradora del contrato) y habría que justificar la preferencia de una sobre otra. Y esto no se ha hecho, sino que se ha partido ya de la solución del problema (preferencia del Derecho dispositivo sobre aquella interpretación) y luego se ha tratado de justificar la misma.

(44) Como por ejemplo la de MANGOLD, «Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung», en N.J.W., 1961, pp. 2284 y ss. Este autor opina que el juez ha de integrar la laguna del contrato en primer lugar con una disposición legal dispositiva y sólo en su defecto a través de la interpretación integradora, que en realidad es integración de la ley, y que encuentra su apoyo legal no en el parágrafo 157 del B.G.B., sino en el 242 del mismo (Par. 157: «Vetraäge sind so zu auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». Par. 242: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»). Además entiende MANGOLD que ya estamos

examinar la de Henckel, que ha tenido un importante eco en la doctrina alemana. Entiende este autor que la llamada interpretación integradora no es ya interpretación del contrato, sino aplicación o desarrollo del Derecho objetivo. La interpretación sirve sólo para averiguar los límites de la vinculación al contrato y con ello la laguna del contrato pero no el complemento, con el que hay que llenar la laguna. Este es averiguado sólo desde puntos de vista objetivos, no partiendo de la voluntad de las partes contratantes. La laguna no puede ser cubierta desde el contrato. Con la tarea de completar lagunas se traspasan ya los límites de la verdadera interpretación (45). La llamada interpretación integradora supone por tanto la aplicación de una cláusula general que sólo entrará en juego si la laguna del contrato no puede colmarse con las normas dispositivas. De modo que si nuestro ordenamiento jurídico escrito fuera completo, y no tuviera lagunas, no se plantearía el problema de la interpretación integradora (46). Detrás de esta expresión se esconde así en realidad junto a la integración del contrato la integración de lagunas de la ley (47).

Añade aún Henckel otro argumento, éste de política del derecho, a favor de su tesis: por la vía de la tesis contraria todo el Derecho dispositivo podría verse desplazado con la interpretación integradora (48).

La crítica que puede hacerse de esta tesis, dejando aparte el concepto de laguna contractual que en ella se defiende (49), es que parte de un significado demasiado estrecho de lo que supone la tarea de la interpretación, y la conclusión de un contrato. Como

ante una laguna del contrato cuando una declaración admite varias interpretaciones (ob. cit., 2285).

(45) HENCKEL, «Die ergänzende Vertragsauslegung» en N. J. W. 159 (1960), pp. 116, 117 y 121.

(46) HENCKEL, ob. cit., p. 122.

(47) HENCKEL, ob. cit., pp. 122 y ss.

(48) «Antes de aplicar el juez por ejemplo los preceptos legales sobre saneamiento por vicios de la cosa, podría él apreciar que el contrato contiene una laguna, porque no considera el caso de la prestación defectuosa. Esta laguna podría entonces integrarla... a través del desarrollo de la justicia inmanente al contrato o conforme al principio de la buena fe. Con las cláusulas generales sería así liquidado el derecho civil», ob. cit., p. 122.

(49) HENCKEL parte (pp. 115 y ss.) de que la cuestión sobre la laguna del contrato coincide con la de los límites de la vinculación del contrato. La vinculación al contrato acaba allí donde no se da una garantía para la justicia del contenido contractual en el sentido de una justicia comunitativa, y los intereses de protección del tráfico no exigen el mantenimiento del contrato. Sólo al otro lado de la «vinculación» así determinada debe presentarse una laguna. Concepción ésta a la que se ha contestado que la cuestión sobre la laguna del contrato no coincide necesariamente con la de los límites del vínculo del contrato. Una laguna no se presenta sólo al otro lado del vínculo, sino ya cuando el contrato necesita de una concreción de sentido. La vinculación contractual alcanza tanto como sea realizable una concreción semejante. Una laguna puede existir a éste y al otro lado de posibilidad de concreción, con total independencia de los límites de la vinculación del contrato (KNÖRINGER, ob. cit., p. 22).

dice Knopp, con la conclusión del contrato las partes se vinculan no sólo a las consecuencias que directamente se deriven de sus declaraciones de voluntad. Su voluntad cubre también la *lex contractus* como regulación coherente de una relación contractual. Por ello la conexión de sentido del contrato permite deducir una regulación todavía compartida por la voluntad de las partes y que va más allá de las concretas declaraciones (50). Así en esta visión, la interpretación integradora no se considera integración de acuerdos incompletos conforme al Derecho-objetivo, sino siempre todavía determinación del contenido del contrato a través de la interpretación (51).

De todo lo dicho anteriormente se vislumbra ya de algún modo la solución que aquí parece preferible. Del encuadre, creamos que justificado, de la llamada interpretación integradora en la fase de interpretación del contrato (52) se derivan tanto sus límites (53) como el fundamento para defender su preferencia sobre las disposiciones legales dispositivas. Aquéllos impiden que la interpretación pueda convertirse en un medio para dejar insatisfecha la lógica pretensión de vigencia de las normas dispositivas. Se trata así de evitar el peligro, achacado a esta tesis, de que quede arrinconado todo el Derecho dispositivo.

Por otra parte, y por lo que se refiere al fundamento de esta

(50) En el comentario de Soergel al B.G.B. (1, 11.^o ed., 1978, p. 872). Y añade el autor que en especial la así entendida voluntad de configuración de las partes cubre también un desarrollo lleno de sentido de las regulaciones existentes, si en el transcurso del cumplimiento del contrato se presentan transformaciones que no fueron pensadas por las partes. En tales casos de lagunas, según el principio de buena fe hay que considerar como declarado todo lo que se deduce, como objetivamente mandado y así exigido por el contrato, si no del texto, sí del fin objetivamente reconocible del contrato, de la coherencia, de la idea fundamental del contrato.

(51) KNOPP, en ob. cit., p. 872. También se defiende esta tesis de que aún nos encontramos dentro de la fase de interpretación, en *Münchener Kommentar zum B.G.B. I (Allgemeiner Teil)*, München, 1978 (Franz-Jürgen Säcker), p. 982, si bien luego al establecer la preferencia entre interpretación integradora y ley dispositiva no hay en la formulación (otra cosa ocurre en los resultados prácticos) una congruencia con aquella afirmación (ob. cit., p. 984). Del mismo modo DILCHER en los comentarios de Staudinger al B.G.B. (90-240), 12.^o ed., Berlín, 1980, p. 402, se pronuncia a favor de la opinión sustentada en el texto de considerar dentro de la interpretación la llamada, con una terminología un tanto contradictoria, interpretación integradora. En el mismo sentido, LARENZ, «*Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*», en N.J.W., 1963, pp. 737 y ss.

(52) Sobre el discutido carácter de la interpretación integradora véase la exposición de las distintas tesis defendidas en la doctrina alemana llevada a cabo por LÜDERITZ en «*Auslegung von Rechtsgeschäften*», Karlsruhe, 1966, pp. 392 y ss.

(53) Como pone de manifiesto KNOPP (ob. cit., p. 872) de esta clasificación funcional de la interpretación integradora del contrato se derivan sus límites: ella debe siempre de tener un punto de apoyo en el texto de las declaraciones. El mismo autor en las páginas 874 y ss. expone críticamente los límites que la jurisprudencia de los tribunales alemanes ha establecido a este tipo de interpretación. También véase FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, en «*Münchener Kommentar zum B.G.B.*», cit., p. 986.

preferencia, creemos que el principio de autonomía de la voluntad puede servir para justificar que las disposiciones legales de Derecho dispositivo complete la regulación contractual que resulte después de interpretar hasta el final las declaraciones de voluntad realizadas por las partes del contrato. Sólo tras tener en cuenta los criterios tanto subjetivos como objetivos, a los que la ley se refiere para averiguar todo el sentido de aquellas declaraciones sabremos cuál es la voluntad negocial; y sólo entonces se podrán determinar las lagunas a llenar por el Derecho dispositivo. No parece que pueda hablarse respecto de aquellos criterios objetivos de una ley general que quedaría derogada por la ley especial que constituiría la ley dispositiva. No parece que quepa establecer aquí esta relación ley general-ley especial, tratándose de unos criterios, extraños al contrato —es cierto—, pero que tienen en cuenta en mayor medida que aquélla los concretos datos que ofrece el contrato celebrado, que se adapta mejor por tanto a éste que aquélla. La ley dispositiva, en cambio, parte de que la tiene en cuenta relaciones típicas, contempla una típica situación de intereses y sobre este modelo establece una determinada regulación, sin distinguir lógicamente entre las peculiaridades que presenta cada particular contrato que se concluye. Mientras que con la interpretación integradora cabe resolver un problema llegando a distintas soluciones en cada uno de los contratos celebrados, aunque pertenezca a un mismo tipo, aunque reciban igual calificación, esto no ocurrirá recurriendo al Derecho dispositivo. Aplicando éste, el mismo problema tendrá idéntico régimen siempre que aquél se plantea en contratos que puedan encasillarse en el tipo legal. ¿Cabe aquí entonces hablar del binomio ley general-ley especial?

Ahora bien, habrá casos en que la ley dispositiva tenga un carácter preferente respecto de la interpretación integradora. Hay supuestos en los que sí puede estar justificado hablar de un superior rango, por decirlo de algún modo, de la ley dispositiva frente a algunos criterios objetivos de interpretación. Aquella debe aplicarse con carácter primordial cuando implícitamente el legislador haya partido de la consideración de algún criterio de interpretación y respecto de este criterio. Así, por ejemplo, y examinando el artículo que aquí nos ocupa, el 1.167 del Código civil, que establece el criterio de la calidad media. Si el precepto en cuestión en vez de estar comprendido en el título I del libro cuarto, que lleva por rúbrica «De las obligaciones», se encontrara recogido dentro del título IV del mismo libro «Del contrato de compra y venta», debería de encontrar una aplicación preferente al criterio interpretativo de la mayor reciprocidad de intereses que establece el artículo 1.289 del Código para los contratos onerosos. Y es que se podría pensar que el legislador al crear el régimen del contrato de compra y venta ha partido de buscar la mayor reciprocidad de intereses, que esta idea se encuentra implícita en toda la regulación del contrato, y si en esta sede se determinara

la calidad a entregar si ésta no se hubiera expresado cabría entender que el legislador ha querido anteponer —por las razones que sean, porque ha creído que debían prevalecer la seguridad sobre la pauta más justa (?) de la mayor conmutatividad de intereses— esa disposición legal al otro criterio interpretativo. Sin embargo, el hecho es que no lo hizo y por ello creemos que los criterios hermenéuticos, ya los destinados a buscar la intención de los contratos ya a encontrar un sentido objetivo a las declaraciones de voluntad, deben entrar en juego antes que la norma del artículo 1.167.

Cierto es que, si bien no es el caso del artículo aquí estudiado, por esta vía de anteponer la ley dispositiva a aquellos criterios interpretativos integradores implícitamente considerados en ella sufre una importante restricción la tesis aquí defendida de la preferencia de la interpretación integradora. Ahora bien, si con apoyo en la ley se afirma la primacía de la voluntad sobre la ley dispositiva y se defiende que la voluntad negocial llega hasta donde determine la interpretación de las declaraciones de las partes contratantes aplicando los criterios subjetivos y objetivos que la misma ley suministra (arts. 1.281 a 1.289 y 1.258 del Código), también con apoyo en ésta parece de sentido común entender que cuando una disposición legal de carácter dispositivo establece una determinada consecuencia «a pesar» de considerar uno de los criterios objetivos de interpretación no se quiere que se eluda aquella conclusión a través de la aplicación de este criterio. Así parece exigirlo el buen sentido (54).

(54) El camino señalado en el texto lleva sin duda a una efectiva restricción de la tesis, aquí defendida, de la preferencia de la interpretación integradora, pues algunos de los criterios de ésta (el de la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos, el de la menor transmisión en los gratuitos, el de la naturaleza y el del objeto del contrato por ejemplo) se encontrarán implícitos en la regulación dispositiva que el legislador dictó para cada uno de los contratos por él contemplados. Si bien, nunca hemos de olvidar que en la interpretación integradora se considera una concreta relación, mientras que en la integración se parte de un modelo de relación, y, por ello, la excepción que hemos establecido a la regla puede también quebrar en algún caso.

No nos parece, en cambio, congruente, aunque la autoridad de sus sostenedores es indiscutible y grande es el peso de sus argumentos, la opinión que, partiendo de considerar a la interpretación integradora como interpretación, distingue entre contratos típicos y atípicos a la hora de resolver el problema del rango entre aquélla y las disposiciones legales dispositivas. Así, mientras que para los contratos atípicos se mantiene que hay que recurrir para obtener la regulación que falta a la interpretación integradora, al correspondiente contrato y no a la ley, otra cosa se dice respecto de los típicos. Si nos encontramos ante un contrato que pertenece a un tipo regulado por la ley, la regulación legal —se dice— tiene preferente aplicación sobre la interpretación integradora. Muy resumidamente se pueden exponer las razones de tal preferencia del siguiente modo: 1) desde el punto de vista de la economía procesal no es aconsejable que el juez examine en cada caso concreto «lo que se reduce del sentido y fin de este contrato»; 2) la seguridad jurídica; 3) asegurar la igualdad en el tratamiento de los casos iguales; 4) la ley contiene lo que es exigido por el típico sentido y

Y en este tema de los criterios objetivos de interpretación merece destacarse, por su importancia práctica y por las especiales dificultades que plantea, el tema de los usos. El artículo 1.287 del C. c. dice que «el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse». A pesar de la redacción del precepto (55), se suele distinguir en él dos partes. En la primera («para interpretar las ambigüedades de los contratos») se atribuye al uso una función interpretativa, éste aparece como instrumento para encontrar el sentido de lo declarado por las partes del contrato. La segunda parte, en cambio («supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse») vendría a establecer la función supletoria del uso (56). El problema se plantea cuando a continuación se lee un precepto como el 1.258 del mismo Código: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, 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». ¿Qué relación existe entre este artículo y el 1.287? ¿Se refiere el legislador en uno y otro caso a los mismos usos? ¿Cabe encontrar alguna diferencia entre la finalidad atribuida al uso por el artículo 1.258 y por la segunda parte del artículo 1.287? La doctrina más autorizada ha establecido una neta separación entre el significado del uso a que se refiere el artículo 1.258 y el uso al que alude el 1.287 (57). En el primero el uso tendría un valor normativo: «el de regla jurídica

fin de un tal contrato. 5) el juez está fundamentalmente vinculado a la regulación legal (sic). 6) también la ley dispositiva es derecho objetivo y tiene como tal una pretensión de vigencia, etc. Véase en este sentido, sobre todo LARENZ, ob. cit., pp. 740 y ss. También KNÖRINGER, ob. cit., pp. 22 y ss., y más matizadamente KNOPP, ob. cit., p. 873. Sin entrar en el examen separado de los argumentos expuestos; unos y otros poseen muy distinto poder de convicción—, y sin querer pecar de conceptualistas, la crítica que cabe quizás hacer a estos autores es la falta de coherencia de su razonamiento: tras sostener, fundadamente en mi opinión, que la interpretación integradora se encuentra aún dentro de la fase de interpretación (y ello en el marco de una determinada concepción del negocio jurídico (*Geltungstheorie*) y del principio de autonomía privada) (véase STATHOPOULOS, «Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung», en *Festschr. f. Larenz zum 70 Geburtstag*, München, 1973, pp. 358 y ss.), se afirma que en el ámbito de los contratos típicos la ley dispositiva se antepone a la interpretación integradora. Y la incongruencia de su discurso es reconocida implícitamente por sus autores cuando a esta afirmación se añade al final una excepción: si el contrato celebrado es típico, pero se aparta de modo importante del tipo tenido en cuenta por el legislador, entonces se adelantará la interpretación complementaria al Derecho legal dispositivo.

(55) Sobre el significado y uso del gerundio véase «Esbozo de una nueva gramática de la lengua española», Madrid, 1976, pp. 488 y ss. Por supuesto nos referimos al término «supliendo» utilizado en el artículo.

(56) Véase DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, «Sistema de Derecho civil», I-4.^a ed., Madrid, 1981, p. 165.

(57) CASTRO, «Derecho civil de España», I, 3.^a ed., Madrid, 1955, pp. 429 y ss., DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pp. 165 y 166.

que señala la eficacia del negocio» (58). En el segundo, en cambio, siempre cumpliría una función interpretativa (59). Si a ello se une el hecho de que se afirma que el uso del artículo 1.258 «constituye una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que podrá tener eficacia cuando falten o especialmente lo permitan las normas legales» (60), hay que concluir reconociendo la capital importancia de distinguir entre las distintas funciones del uso, pues

(58) CASTRO, ob. cit., p. 433.

(59) CASTRO, ob. cit., pp. 432 y 433: «En todos estos casos se está dentro del ámbito de la interpretación; el uso se utiliza como dato aclaratorio o complementario para averiguar o presumir la voluntad de las partes. Bastará, pues, que de las declaraciones o conducta de las partes pueda inferirse una voluntad de excluir al uso —expresa o tácitamente— o que éste no fuese tenido en cuenta por ellas, para que haya de ser excluido como tal elemento interpretativo. Para evitar confusiones es imprescindible destacar bien que la función del uso está aquí limitada al ámbito de la interpretación, a la tarea previa de fijar los términos y el sentido del negocio jurídico».

(60) «La doctrina —sigue CASTRO (ob. cit., p. 430)— que mantiene la subordinación del Derecho dispositivo legal a las reglas del uso, a ejemplo de la doctrina dominante en Alemania, no es admisible en nuestro Derecho civil; supondría conceder a los usos y prácticas un poder derogatorio sobre preceptos legales dictados con carácter de generalidad y fines de uniformidad ejemplar, rompiendo la subordinación jerárquica establecida en el artículo 5 del Código en favor de la ley». Y en nota añade CASTRO, «Abonar a esta opinión las siguientes consideraciones: 1.º el orden de las palabras empleadas por el Código no tiene, como en tantos otros casos —p. ej., art. 1.579— más que una finalidad estética o fonética; 2.º, la referencia a la ley en último lugar se hace a causa de la misma evidencia que para los redactores del Proyecto de 1851 tenía la referencia tácita a la ley: «no es necesario expresar lo que está previsto por la ley, por ejemplo, la obligación del vendedor al saneamiento de la cosa», García Goyena, III, p. 9; 3.º si fuera cierta esa preferencia del uso sobre el Derecho dispositivo no se explica la remisión expresa al uso que, respecto a obligaciones secundarias, hace el Código (arts. antes citados; 4.º, que cuando se ha querido dar prioridad al uso sobre el Derecho dispositivo legal se ha hecho expresamente, artículos 1.496, 1.599 C.c.; 5.º, que el Código de comercio, que tradicionalmente da el máximo valor a los usos comerciales, los coloca después del Derecho dispositivo legal, art. 2 C. de C., S. 24 diciembre 1946; 6.º, que se incurre en una confusión entre el efecto normativo —del 1258— y el interpretativo —del 1.278 Código civil—, Oertmann, Kom. a arts. 157 y 242, B.G.B., que si se admitiese pondría en peligro la seguridad y la unidad de la situación jurídica, v. Thur, II, p. 536, nota 17, Sachse, A. C. Pr., 127, p. 312; 7.º, porque sería dar la preferencia al uso de los negocios, tantas veces resultado de la imposición de los grupos más poderosos sobre los más débiles —Sachse, loc. cit.— por encima de los modelos legales, redactados para orientar el tráfico por caminos de justicia social y económica, hechos posiblemente para contrarrestar malsanas prácticas (cláusulas generales, cláusulas caute-
lares de exención de responsabilidad, de sumisión a los Tribunales, etc.); 8.º, porque sería contrario a la seguridad del tráfico, dando lugar a que el contratante no pudiera confiar en que el texto de su contrato y de la ley señalasen el total de sus obligaciones, quedando siempre bajo la amenaza de la aparición de cualquier uso por él desconocido, y 9.º, la jurisprudencia ha resuelto en este sentido: no hay necesidad de aplicar la costumbre del lugar cuando existan leyes exactamente aplicables al caso, S.T.S. 13 octubre 1920, 16 enero 1929; es necesario alegar la falta de precepto legal aplicable, S. 21 febrero 1924, 9 diciembre de 1924».

mientras que éste en su función interpretativa entrará en juego antes que las disposiciones legales dispositivas, vía voluntad negocial; en su función integradora jugara sólo a falta de éstas (61). Amén de ello y dadas las circunstancias que se exigen para que se pueda tener en cuenta el uso en las funciones que le concede el 1.287 (62), habrá que concluir también que el ámbito de este precepto queda enormemente reducido (63).

Pero de lo dicho anteriormente sobre las normas de interpretación objetiva se desprende que éstas, entre las que se encuentra la regla del 1.287, tienen, en nuestra opinión, un mayor alcance: funcionan con independencia de la voluntad de las partes y precisamente a falta de ésta. Por eso, no parece necesario para su eficacia un apoyo directo en la verdadera voluntad de los sujetos del contrato (64). Más bien sería lo contrario: para que no entren en juego una vez tenidos en cuenta los criterios subjetivos, tendría que mostrarse la voluntad en contra de las partes del negocio. En definitiva que si no se infiere, teniendo en cuenta aquellos criterios subjetivos de interpretación, la voluntad de excluir a los usos, éstos deben considerarse en su función interpretativa.

Ahora bien, así las cosas, resulta ciertamente difícil si no imposible encontrar una diferencia entre la función supletoria del uso, recogida en la segunda parte del artículo 1.287, y la función integradora del mismo a que se refiere el artículo 1.258. ¿No estamos ante lo mismo en una y otra norma? ¿No cabría pensar que el legislador ha establecido en estos dos preceptos una preferencia del uso sobre la norma legal dispositiva en sede de contratos? Sin ánimo de desconocer las fuertes razones que abonan la tesis de que el uso supletorio juega tras la disposición legal dispositiva (65), quizás sea oportuno exponer aquí algunos argumentos en apoyo de la tesis opuesta. Que el uso debe servir para completar la regulación contractual con prioridad sobre la disposición legal dispositiva es una opinión que podría fundarse entre otras en las

(61) Véase CASTRO, ob. cit., pp. 434 y 435.

(62) Véase nota 59.

(63) Así lo entiende LÓPEZ LÓPEZ en «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», XVII-2º, Madrid, 1981, pp. 48 y 49, que desiente de la opinión de CASTRO. Partiendo de que el artículo 1.287 es una norma de interpretación objetiva, escribe LÓPEZ LÓPEZ: «no me parece del todo ajustado que para la aplicación del uso en función interpretativa haya de apreciarse una voluntad tácita o la presunción de una voluntad de que se incluya una cláusula usual, en modo tal que son precisos la voluntad, o al menos el conocimiento que las partes tengan del uso».

(64) En este sentido se manifiesta la doctrina alemana donde está muy generalizada la opinión de que el conocimiento del uso por los contratantes no es un presupuesto para que entre en juego. Por todos véase KNOPP en los comentarios de Soergel al B.G.B. (I. Allgemeiner Teil. 11 ed. 1978), p. 862. En la doctrina italiana entienden lo mismo autores como OPPO, «Prolifi dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico», Bologna, 1943, pp. 87 y ss.; PAVONE LA ROSA, «Usinformativi e usi negoziali», en Enciclopedia del diritto IX, p. 525, y GRASSETTI, «L'interpretazione del negozio giuridico», cit., p. 121.

(65) Véase nota 60.

siguientes consideraciones: a) el orden recogido en el antes transcritó artículo 1.258: 1) buena fe, 2) uso y 3) ley. Orden éste que cobra una especial significación si se tiene en cuenta que en el proyecto de 1836 el orden era distinto (66); se mencionaba a la ley por delante del uso. Y tampoco en este proyecto existía en sede de interpretación de los contratos una regla como la recogida en la segunda parte del artículo 1.287 de nuestro Código. El uso tan sólo aparecía allí cumpliendo una función estrictamente interpretativa de las declaraciones de voluntad emitidas. Es precisamente en el proyecto de 1851 donde se produce el cambio que ha llegado hasta hoy: por una parte se dispone ya en el artículo antecedente al 1.258 el mismo orden que en éste (67) y por otra aparece en la sección de interpretación de los contratos un artículo que será el precedente del actual 1.287 *in fine* (68). Estas dos modificaciones hacen pensar en una voluntad del legislador de que los contratos se integren primero a través de los usos y sólo después con la norma legal dispositiva.

b) García Goyena al comentar los antecedentes en el proyecto de los actuales artículos 1.258 y 1.287 establece una clara conexión entre ellos por lo que se refiere a los usos (69). No aparece en el

(66) El artículo 961 de este proyecto decía: «Los contratos obligan a cumplir no sólo lo que se expresa en ellos, sino también todo lo que exige la naturaleza misma del convenio. Igualmente quedan los contratantes sujetos a todas las consecuencias que por la equidad, las leyes o el uso se derivan de la obligación contraída».

(67) Artículo 978 del proyecto de 1851: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley».

(68) El artículo 1.020: «Las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen expresadas en ellos.

(69) En el comentario al artículo 978 (actual 1.258) recoge como precedentes D. 21, 1, 31, 20 y 34 de *regulis uris*, precedentes que vuelven a repetir, el primero en el comentario al 1.020 (actual 1.287 *in fine*) y el segundo el 1.019-5.^º (actual 1.287 primera parte). Y en la glosa al artículo 978 dice, entre otras cosas: «primero, la voluntad expresa de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o costumbre; tercero, á falta de voluntad expresa y presunta, la equidad y buena fé: vé el artículo 1.019, y lo en él espuesto». Y añade: «No hay especial alguna de obligación, sea de dar, sea de hacer, o de no hacer, que no descance en las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrir siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos». («Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», reimpr. Zaragoza, 1974, p. 518). Y en el comentario al artículo 1.019 (en el art. 1.20 se remite a éste: «este artículo tiene íntima conexión con el número 5 del anterior: vé lo en él espuesto») dice entre otras cosas: «es ademas conforme al 978. La observancia de esta regla es tan universal y justa, que frecuentemente se omite en los contratos lo que es de uso o costumbre en la tierra, por entenderse comprendido tácitamente en ellos sin necesidad de expresarlo, como se dice en el artículo siguiente. Inútil sería poner ejemplos: apenas hay un contrato, sobre todo de arriendo, que no envuelva la aplicación de lo dispuesto en este número, y en el artículo que le sigue» (ob. cit., p. 546). De estos comentarios se desprende claramente esa conexión de la que se habla en el texto, así como la no existencia de una clara y tajante distinción entre interpretación e integración. De modo que podría pensarse

comentario una separación entre el ámbito de la integración y el de la interpretación del contrato por lo que a este punto se refiere (70). Este modo de entender el comentarista del proyecto los dos artículos pueden hacernos dudar de la necesidad de tener que distinguir en cada caso si el uso cumple una función interpretativa o una función integradora. En cualquier caso tendría preferencia sobre la disposición legal dispositiva.

c) El texto del artículo 1.287 segunda parte («Supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse») hace referencia a una integración del contrato y estando dentro del capítulo dedicado a la interpretación del mismo podría aludir al deseo del legislador de que se complete el contenido contractual antes con el uso que con la ley. A través de la ficción de entender que hay siempre una voluntad de asumir los usos, y que cuando se llena la regulación contractual con éstos nos encontramos aún en fase de interpretación.

d) La redacción del artículo 1.258 («no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino...»), entiéndase como se quiera el expresamente, hacen pensar en que el artículo no se refiere sólo a la integración del contrato sino también a la interpretación.

e) Cuando la seguridad del tráfico así lo ha requerido, el legislador ha dispuesto otro orden de prelación, como ha ocurrido en el C. de c. (71).

que los usos en su función integradora juegan antes que la ley dispositiva a través de la ficción de la presumible voluntad de las partes y de entender que estamos en fase de interpretación. En fin, conviene también dejar claro que aunque en el texto transcrita del comentarista se dé cita a la equidad y buena fe en tercer lugar, ello no supone, como, se desprende después, que el autor no tenga en cuenta el orden establecido en el precepto. En efecto, el autor se refiere a ellas del siguiente modo: «La equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita: «*legis scriptae aquaumentum vel non scriptae supplementum*»: por eso deben ser consideradas en todo, y principalmente en el Derecho...» (ob. cit., p. 519).

(70) Esferas éstas, las de la interpretación y la integración, cuya separación en la práctica aparece poco nítida y menos aún si se entiende que los criterios objetivos de interpretación entran en juego con independencia de la voluntad de los contratantes, y si se cree que la interpretación objetiva es interpretación y no integración del contrato. Véase CATAUDELLA, «Sul contenuto del contratto», Milano, 1974, pp. 76 y s., ROTOTÀ, «Le fonti di integrazione del contratto», Milano, 1969, pp. 94 y ss. Y ello debe reconocerse a pesar de los esfuerzos por deslindar una de otra puestos de manifiesto más atrás.

(71) El artículo 2 del C. de c. establece en su párrafo segundo que «los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común». Y no obstante, un autor como Garrigues escribe: «Se cuestiona sobre si el uso puede derogar las normas legales cuando éstas tengan sólo carácter dispositivo. El C. de c. (art. 2) no distingue entre leyes de carácter imperativo y leyes de carácter dispositivo cuando pospone el uso a la ley. A pesar de ello parece que la cuestión puede resolverse afirmativamente en razón a que la voluntad

f) La remisión que al uso se hace en otros artículos del Código puede entenderse como una manifestación de esta regla general (72). No creemos que aquella remisión obligue a entender que esta regla general es otra.

g) Los resultados injustos que en principio pudieran derivarse de esta preferencia del uso sobre la ley dispositiva pueden ser evitados teniendo en cuenta la exigencia que el artículo 1 del Código establece para la costumbre de que no sea contraria a la moral ni al orden público. Exigencia que hay que referir también a los usos (segundo párrafo del ap. 3 del artículo 2. C. c.). Asimismo la necesaria consideración del principio de la buena fe, que tiene un carácter prioritario en las fuentes de integración del contrato enumeradas en el artículo 1.258, puede jugar un papel de primer orden para impedir aquellas consecuencias no deseables que han sido expuestas por los que defienden una preferencia de la ley dispositiva sobre el uso (73).

Estas ideas, llevadas al problema concreto que se está analizando, exigen que el criterio del artículo 1.167 se tenga en cuenta sólo si después de aplicar los criterios subjetivos y objetivos de interpretación de los negocios no se ha podido encontrar con exactitud la calidad debida. De esta manera las posibilidades de aplicación de la norma estudiada son aún más reducidas. Para ello no sólo será un gran obstáculo el contexto actual del tráfico comercial, sino también las propias normas de interpretación de los contratos (basta una lectura de los arts. 1.284-1.289 para llegar

de los particulares se antepone a la norma de Derecho dispositivo y el uso puede representar, al menos, una voluntad tácita. Propiamente no deroga la ley dispositiva. Lo que hace es excluir el supuesto de su aplicación, a saber, la falta de una adecuada manifestación de voluntad». Véase también MOTS GUIRAO, «La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de comercio», en R.J.C., 1955, pp. 34 y ss.

(72) Así parecía entenderlo GARCÍA GOYENA en relación al proyecto para una serie de preceptos que allí cita (véase ob. cit., p. 546).

(73) En este sentido nos parecen muy interesantes las consideraciones que en este punto han hecho la doctrina y jurisprudencia alemanas. Así, por ejemplo, KNOPP, en los comentarios de Soergel al B.G.B. (1 Allgemeiner Teil 11 ed., 1978) tras exponer las tesis que mantienen los autores alemanes sobre la relación de preferencia entre los usos del tráfico y el derecho dispositivo, la que defiende que aquellos entran en juego antes que éste y la contraria, dice que ambas opiniones apenas difieren en las consecuencias porque los usos del tráfico que no respeten el equilibrio de intereses al que sirva la ley supondrán una violación del principio de la buena fe. Sigue el autor citado añadiendo que el uso del tráfico no tiene eficacia jurídica si favorece abusivamente a una parte de manera contraria a la buena fe o se hace peligrar la seguridad del tráfico negocial. El uso del tráfico es reconocido por el ordenamiento jurídico para concretizar el principio de buena fe y proteger la seguridad jurídica; por esto no debe considerarse cuando no cumple estos fines (p. 862). V. también LÜBERITZ, «Auslegung von Rechtsgeschäften», Karlsruhe, 1968, pp. 417 y 418, Dilcher en los comentarios de Staudinger al B.G.B. (1 Buch 90-240. 12 ed., Berlín, 1980), p. 402. Por otra parte conviene también tener en cuenta que, como ponen de manifiesto los autores antes citados, no cabe esgrimir un uso del tráfico referido a un círculo profesional determinado en perjuicio un contratante ajeno a este círculo.

a esta conclusión) (74). A todo ello habría que añadir aún otro dato: la no aplicación de aquella regla a las obligaciones restitutorias en las que el deudor queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido (75).

5. OTROS PROBLEMAS

Dejando a un lado ya este problema pasamos a plantear otras cuestiones en el precepto examinado.

¿Es aplicable a las obligaciones de género limitado el artículo 1.167? Como se sabe esta obligación existe cuando el género del que se han de extraer las cosas a entregar consiste en un conjunto o masa de éstas específica e individualmente determinado (X libros de una bodega, etc.). Partiendo de que este tipo de obligación debe englobarse dentro de las obligaciones genéricas, tesis que aquí se defiende (76), y que no hay razón alguna para excluirla en este punto del régimen jurídico general, lo lógico es pensar que el único problema que en estos casos se produce es un problema previo de calificación en los distintos casos concretos planteados para cuya resolución sólo pueden esbozarse una serie de criterios a tener en cuenta en cada uno de los casos para concluir si estamos ante una obligación de este tipo o ante una obligación alternativa (77). Sin embargo, aquella interrogación ha sido abierta por algunos autores con diversos argumentos.

(74) Con todo, hay que reconocer con BERCOVITZ, «Comentarios al Código civil», XVI-1.º, Madrid, 1980, p. 118, que en la realidad es difícil aplicar con absoluta estrictez el esquema propuesto en el texto (1.º voluntad negocial interpretada; 2.º, art. 1.167); y que el criterio recogido en este precepto tiene un cierto carácter expansivo que puede resolver las dudas a que conduzcan la aplicación de los criterios interpretativos.

(75) Como en el caso del mutuo. Véase PANUCCIO, op. cit., p. 44, n. 57. En otro orden de cosas hay que tener en cuenta artículos como los 327 y 328 del C. de c.

(76) Sobre el tema de la naturaleza jurídica de la obligación de género limitado cabe hacerse una idea bastante completa con la lectura de los pandectistas, cuyas tesis en este punto se encuentran recogidas por D. ADAM, op. cit., pp. 35 y ss. También me parece muy útil para esta cuestión la obra de KISCH ya citada con anterioridad. En las tesis que defienden que la obligación de género limitado tiene una naturaleza distinta a la genérica se confunden con frecuencia planos diferentes y en ocasiones parten de un concepto basado en las ciencias naturales de género. En otro lugar en el que se ha tratado la imposibilidad sobrevenida en la obligación genérica, se ha creído más correcto colocar a la de género limitado entre las genéricas que considerarla formando un grupo aparte, o entre las específicas o las alternativas. V. CAFFARENA, «Genus nunquam perit», en A.D.C., 1982, pp. 351 y ss.

(77) Partiendo de la hoy indiscutible opinión que la obligación genérica y la obligación alternativa cumplen funciones prácticas diferentes y tienen un distinto régimen jurídico se plantean, sin embargo, supuestamente en los que se hace difícil decidir si nos encontramos ante un tipo u otro de obligación. Véanse los criterios apuntados por KISCH, op. cit., pp. 123 y ss., y RUBINO, en «Commentario del Código civile» (Scialoja-Branca), *Delle obbligazioni* (artículos 1.285-1320), Bologna-Roma, 1968, pp. 12 y ss. En nuestra doctrina véase

En el polo opuesto a los que se niegan a aplicar el precepto a las obligaciones de género limitado se encontraría Manresa que estima que siempre que haya una obligación genérica entrará en aplicación el criterio de la calidad media del artículo 1.167: «Los preceptos del artículo 1.167 salvan como supuesto, al que por lo mismo parece a primera vista que no son nunca aplicables, el de que la cosa genérica fuese de calidad y circunstancias que se hubiesen expresado; pero en este punto hay que establecer la siguiente distinción: o bien la expresión de calidad y circunstancias fue tan detallada que, circunscribiéndose a un grupo de cosas genéricas, determinadas por un poseedor y lugar, y exigiendo en las debidas tales circunstancias que sólo concurrieran en una de aquéllas, convirtió la obligación en específica (78) en cuyo caso se rige el pago por la regla del artículo 1.166,1. O bien, la expresión de circunstancias se limitó a que la cosa genérica fuese de una materia dada (madera de una mesa) o de una raza (caballo de ganadería A), etc..., en cuyos casos el sólo alcance de tal expresión es reducir la extensión del género, pero como éste se conserva y subsiste como genérica la obligación, se regirá su pago por la disposición general de este artículo 1.167, con la modificación o más bien aclaración consiguiente de que el término medio se buscará dentro del grupo de cosas a que el género se ha reducido» (79).

Para Manresa, por tanto, la salvedad del artículo 1.167 es inútil porque o bien la obligación es específica en cuyo caso la inaplicación del precepto es evidente o bien es una obligación genérica, en cuyo caso la mayor o menor indeterminación relativa del objeto de la prestación hará aplicable siempre el criterio del artículo 1.167. No compartimos la opinión del autor español, las razones se dejan ya entrever de lo dicho hasta aquí. En efecto, pueden existir, es más, será la regla general en la actualidad, obligaciones genéricas donde la calidad esté determinada de tal forma que excluya toda cuestión acerca de qué cosa pueda ser exigida o deba ser entregada, por la sencilla razón de que todas las cosas que se encuentran dentro del género estipulado tienen la misma calidad, siendo absolutamente sustituibles entre sí; los ejemplos que se pueden ofrecer al respecto son múltiples (cuando son designados como objeto de la prestación, cosas fabricadas en serie, etc.). En estos casos, la fungibilidad existente entre las cosas del género hará que el interés del acreedor se vea satisfecho igualmente recibiendo una u otra cosa.

Ahora bien, fuera de estos casos, ¿hay alguna razón para entender que el artículo no es aplicable a las obligaciones de género

también LACRUZ, op. cit., p. 48, y RAMS ALBESA, «Las obligaciones alternativas», Madrid, 1982, pp. 145 y ss.

(78) En este caso parece lo más lógico pensar que la obligación no se convirtió en específica sino que nació tal.

(79) Op. cit., p. 638.

limitado? Para Demolombe el deudor en estos casos tendría la facultad de elegir la que le plazca, incluso la peor porque la indeterminación del objeto en estos casos es mucho menor que en la obligación genérica pura y se puede presumir que el acreedor, no habiéndose explicado de otra manera, se ha remitido a la elección del deudor (80). Pero esta opinión, que no es exclusiva de este autor (81), no parece que deba ser compartida. La propia relatividad del concepto de género en las obligaciones genéricas, la regla lógica de que donde la ley no distingue no debemos distinguir, y, en íntima conexión con ésta, la falta de una razón justificada para un tratamiento distinto de la obligación de género limitado conducen a estimar que a esta obligación se le aplica el 1.167 en igual medida que a la llamada obligación genérica pura. El autor francés nos da las siguientes razones para apoyar su tesis: 1) que la indeterminación en este caso es mucho menor: pero entendemos que esa diferencia de grado (que puede no ser cierta en algunos casos concretos en los que cabe pensar en una mayor fungibilidad en la obligación genérica pura que en la de género limitado), meramente cuantitativa, no puede producir una diferencia en el régimen jurídico, en todo caso se puede manifestar en los resultados de la aplicación del mismo régimen; 2) añade Demolombe que se puede presumir que el acreedor, no habiéndose explicado de otra manera se ha remitido a la elección del deudor; pero también es, en nuestra opinión, desecharable este argumento, porque son ambas partes las que no se han explicado de otra manera,

(80) Op. cit., loc. cit.

(81) GIORGIANNI («L'inadempimento», 2.^a ed., Milano, 1974, págs. 53 y ss.), también parece ser de la misma opinión. Así nos dice que «se discute si la norma se aplica también al caso del «genus limitatum», esto es el caso en que la elección del deudor está limitada sólo a un grupo de cosas. Por ejemplo, el vendedor debe entregar una parte del vino contenido en su bodega: suponiendo que en ésta exista vino más o menos bueno y que no esté especificada la calidad del vino debido, se pregunta si el deudor está obligado a escoger un vino de calidad al menos media. La cuestión es polémica y se llega a afirmar que cuando el género es así limitado deben aplicarse, más que las normas sobre la obligación genérica, las normas sobre la obligación alternativa. En el ejemplo puesto, cualquier barril de la bodega, se afirma, es bueno para el acreedor, dado que debe admitirse evidentemente su preventivo consentimiento a que el deudor elija uno cualquiera de aquellos barriles». También GIORGI, «Teoría de las obligaciones...», 7, 1912 (trad.), p. 27. También KISCH, op. cit., pp. 71 y ss., parece estar en contra de la aplicación de esta norma a las obligaciones de género limitado. «Schon gleich diese Bestimmung wird in aller Regel auf unserem Fall nicht anwendbar sein», sin embargo, acaba el autor (pp. 74 y 75) admitiendo la posibilidad, excepcional, de aplicar la regla a estas obligaciones (por lo que en realidad el autor alemán se plantea más un problema de probabilidad (que de posibilidad) de aplicación del criterio de la calidad media).

En el mismo sentido del texto, LARENZ, «Schuldrecht», I, München, 1979, página 129. Incluso los autores que defienden que dentro del concepto de obligación genérica del tan estudiado parágrafo 279 del B.G.B. no se encontraría la obligación de género limitado no dudan en comprender en el supuesto de hecho del parágrafo 243 del B.G.B. a ésta (así LEMPPENAU, «Gattungsschuld und Beschaffungspflicht», Berlin, 1972, pp. 77 y ss.).

si se produjera aquí la duda como producto unilateral del acreedor, causa de aquélla, se podría llegar a la conclusión de Demolombe pero por otra vía, por la del principio «ambiguitas contra stipulatorem est»; pero en el supuesto aquí planteado como normal son ambas partes contratantes las que no se han explicado con mayor precisión y en este supuesto, se destruye la presunción del autor francés, ¿por qué no presumir que el deudor consintió el deber entregar la mejor?

Por tanto, de todo lo anterior llegamos a la conclusión de que no parece que en la línea de principio deba excluirse en la obligación de género limitado la aplicación del criterio de la calidad media. Si bien es verdad que normalmente la homogeneidad de las cosas comprendidas en el género evitará que la regla entre en juego.

Supuesto que el deudor debe entregar cosa de calidad media (82), (83), aún cabría plantear la siguiente cuestión: ¿Puede el deudor entregar una calidad superior a la media para cumplir la obligación?

Ha sido sin duda la doctrina alemana la que ha tratado este último problema con mayor profundidad y seguramente fue la redacción del parágrafo 243 del B. G. B. el motivo principal que justifica esta mayor preocupación de los autores alemanes por el mismo (84).

En todo caso, sea cual fuere la redacción del precepto, cabría pensar, teniendo en cuenta sus orígenes, que el deudor puede cumplir su obligación entregando cosas que no fueran de calidad inferior a la media, bastando esto para que el acreedor no pueda

(82) A pesar del texto del artículo que examinados, parece lo más lógico pensarlo así, pues los antecedentes apuntan claramente en esta dirección. Además, el propio espíritu y finalidad de la norma, su fundamento, rechaza el que quepa entender que el deudor pueda elegir cualquier cosa con tal que no sea de la calidad inferior o superior BERCOVITZ añade aún otro argumento en apoyo de esta tesis: «... Así lo impone una interpretación del precepto acorde con la buena fe que debe imperar en el tráfico jurídico» (op. cit., p 116). Y en el Derecho portugués, cuyo Código civil no recoge el precepto, se ha llegado por algún autor a la misma solución con base en el principio de buena fe: «A nossa lei nada diz. Não obstante, do princípio geral da boa fé vigente na nossa disciplina, não oferece dúvida que a escolha deve ser honesta, tendo em conta, na falta doutros elementos (artigo 239) a qualidades média do producto» (MENEZES CORDEIRO, «Direito das obrigações», I, Lisboa, 1980, p. 345).

(83) Por lo que se refiere al concepto de calidad media, véase OPPENHEIM, op. cit., pp. 14 y 15: «Was als Ware von mittlerer Art und Güte anzusehen ist, kann sich immer nur aus allgemeinen Grundsätzen ergeben. Maßgebend ist insbesondere die Verkehrssitte...».

(84) Véase la nota 11. El texto de nuestro artículo 1.167 permite sin lugar a dudas afirmar que el acreedor estará obligado a aceptar una calidad superior a la media «el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior» (En este sentido ALBALADEJO, «Derecho civil», II-1, Barcelona, 1977, p. 48; BERCOVITZ, op. cit., p. 115; SÁNCHEZ CALERO, «Las obligaciones genéricas», en R.D.P., 1981, p. 659). Si planteamos la cuestión es con el deseo de ser congruentes con lo dicho en la nota 82.

rehusar la prestación. No le cabría a éste rechazarla dejando que la cosa ofrecida no es calidad media, siendo de superior siempre que esté comprendida dentro del género determinado (85). Por lo demás, en la mayoría de los casos este proceder del acreedor vendría vedado por el principio de la buena fe.

Sin embargo, se pueden dar algunos casos en los que el acreedor tenga un particular interés en no recibir una calidad superior a la media. Quadbeck da un ejemplo al respecto: «Ein Kaufmann, der einem bestimmten Kundenkreis Waren zu festen Preisen liefert, wird, um seine Kunden nichtzu verwöhnen, ein grosses Interesse daran haben, bessere Waren als solche mittlerer Art und Gute abzulehnen» (86).

En estos casos, estaría justificado que el acreedor pueda reclamar que la cosa entregada no sea de calidad superior a la media. También podría pensarse en el caso contrario, esta vez en favor del deudor, debiendo resolverse en los mismos términos, que el deudor podría entregar cosa de calidad inferior a la media en supuestos muy especiales, en base al principio de buena fe (87) (88).

(85) Para FISCHER («Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden», *Jher. Jb.* 51, p. 188) la cuestión debe resolverse sin lugar a dudas en este sentido. Sin embargo, la mayoría de los autores que se plantean el tema limitan en el sentido expuesto en el texto esta solución. Así, OPPENHEIM, op. cit., p. 17; y en el Münchener Kommentar zum B.G.B. II (Heinrichs), München, 1979, p. 228.

(86) En OPPENHEIM, op. cit., p. 17.

(87) Staudingers Kommentar, cit., p. 666.

(88) Otros problemas que podrían plantearse en relación con este tema deberán ser analizados estudiando el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa genérica (incumplimiento (?)). V. BERCOVITZ, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en A.D.C., 1969, páginas 809 y ss. y Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971, en A.D.C., 1973, pp. 356 y ss., la concentración o especificación (V. MOREN BELLONGA, «En defensa del criterio de especificación unilateral notificada», en A.D.C., 1985, pp. 3 y ss.), o la acción de regreso en la fianza o en la solidaridad (V. las cuestiones planteadas por FISCHER, op. cit., páginas 189 y 190).

El legado de deuda

JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada

SUMARIO: I. A modo de introducción.—II. Concepto.—III. Diferencias con otras figuras: legados de crédito, de liberación o perdón y reconocimiento de deuda.—IV. Forma de Ordenarlo.—V. Efectos que produce. VI. Validez del legado de deuda. El problema de la liberalidad.—VII. Examen de algunos supuestos especiales: a) En general. b) Casos en los que resultará nulo el legado. c) Legado ordenado en pago de una obligación natural. d) Legado ordenado en pago de deuda pluripersonal, o de lo que se debe a una pluralidad de acreedores. e) Legado de deuda, en el supuesto de que se ordene en pago de una de las que se extinguen a la muerte del obligado. f) Legado de deuda ajena. g) Legado de deuda inexistente.—VIII. Invalidez e ineeficacia de este legado: a) El artículo 869 del C.c. y el legado de deuda. b) Revocación del testamento que lo contiene.

I. A MODO DE INTRODUCCION

A pesar de lo criticable que puede ser el hecho de resaltar *a priori* las dificultades que, sin duda, a todos se nos aparecen al iniciar el examen pormenorizado de cualquier institución jurídica, no nos resistimos nosotros aquí a dedicar, siquiera brevemente, unas líneas a tal fin.

Y no necesitamos mayor espacio para ello, toda vez que los inconvenientes ya se nos manifiestan del propio encabezamiento del trabajo: *el legado de deuda* lo tituamos, porque tal será la figura analizada; y fácilmente se advierte entonces, que de las cuatro palabras utilizadas, dos de ellas coinciden con lo que son pilares básicos sobre los que se asientan en gran medida parcelas tan densas y distintas dentro de la sistemática de nuestro Derecho civil, como son el Derecho de sucesiones por causa de muerte y el Derecho de obligaciones.

Efectivamente, una construcción jurídica denominada así —*el legado de deuda*— ha de surgir necesariamente de esa parte de la disciplina que trata de regular el destino del patrimonio de una

persona al ocurrir su fallecimiento; y además, no con carácter accesorio o accidental, toda vez que el legado es una de las dos formas de disposición testamentaria con que cuenta el sujeto que causará tal sucesión para disponer de sus bienes. Esta primera apreciación, comporta necesariamente la exigencia de sumergirse en el detenido análisis de tal modalidad dispositiva, de tener presente en todo momento el marco legal que nuestro ordenamiento construye en orden a la misma. En definitiva: de un legado se trata y como tal habrá de ser considerado.

Pero es que resulta, que a simple vista, el objeto de tal legado será una *deuda* del testador —con las evidentes matizaciones que después se harán— incidiendo así de plano en el terreno de esa segunda parcela ya apuntada, cual es el Derecho de obligaciones.

Ante tal panorama, dos distintas soluciones habrán de ocurrírsele al que inicia el estudio de la figura: o proceder a análisis sumamente pormenorizados del *legado* y de la *deuda*, situando ambas instituciones dentro del contexto general en el que se desenvuelven, desenterrando así todo lo que de problemático evidentemente tienen, hasta conseguir por esta vía sendos estudios monográficos de uno y otra, determinando al fin el punto de unión entre ellas, o, por el contrario, limitar el trabajo al *legado de deuda* como tal, considerándolo como instituto jurídico autónomo y dotado de vida propia, obviando entonces cuestiones específicas que desbordarían, por ambos lados, lo que se plantea *ab initio* como materia de examen.

Nos inclinamos nosotros por esta segunda posición; mas no cabe duda de que imprescindible será tener siempre muy presente el ámbito *obligacional* que en tal legado subyace, pero huyendo en todo momento de la posibilidad de convertir este modesto trabajo en un compendio de Derecho de obligaciones.

II. CONCEPTO

Puesto que un precepto legal sirve de base para la construcción jurídica del denominado *legado de deuda* (*legatum debiti*), no sobra aquí su transcripción textual.

Dice el artículo 873 del Código civil:

«*El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente.*

En este caso el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado» (1).

(1) Sustancialmente idéntico en su contenido al artículo 858 del Proyecto de Código civil de 1882: «*El legado hecho a un acreedor no compensa su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En caso de compensación, si los valores fueren diferentes, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado».*

Alude la norma (2) a la figura a la que tradicionalmente así se ha venido denominando —*legado de deuda*— aunque en realidad, y como después se concretará más detalladamente, tal denominación es inapropiada (3), puesto que no se trata desde luego de que una deuda pueda ser objeto de una disposición testamentaria a título singular. Ello carecería de sentido. Las deudas sólo pueden transmitirse *mortis causa* a título universal, formando parte de la herencia (art. 661 del Código civil). Como dice Cicu, «realmente la deuda no es un bien que pueda ser objeto de legado» (4). Los supuestos a los que se hace referencia con tal denominación son, más bien que legados de deuda, *legados hechos por el deudor a su acreedor*, los cuales, según los términos en que se hayan ordenado, producen distintos efectos.

Como regla general, el legado hecho a favor de un acreedor del testador es un legado ordinario, que no ofrece por consiguiente ninguna particularidad, y que producirá sus efectos normales según la naturaleza del mismo (de cosas, de cantidad, de crédito, etc.) sin que la circunstancia de que el legatario sea al mismo tiempo acreedor del testador introduzca ninguna especialidad en el régimen propio del legado de que se trate. El legatario acreedor podrá exigir el cumplimiento del legado según las reglas propias del mismo, con absoluta independencia de su condición de acreedor del testador, y su crédito subsistirá inalterable sin perder su individualidad ni su eficacia, pudiendo reclamar a los herederos el pago de lo que el causante le debía, además del cumplimiento del legado.

En tal sentido establece ese artículo 873 una regla general y una excepción a la misma, al disponer que tal legado no se imputará al pago del crédito a no ser que así lo declare expresamente el testador. Es decir, que si tal testador adeuda a otro una cantidad, y se limita a ordenar a favor de ese acreedor un legado de cantidad —ya sea la cantidad legada igual, menor o superior a la debida— el acreedor conservará su crédito íntegro y podrá

(2) Hay que comenzar matizando. De las dos disposiciones contenidas en este artículo, ninguna de ellas se refiere a la regulación del legado de deuda; simplemente éste aparece contemplado en ellas. Cfr. ALBALADEJO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII-1.^o, Madrid, 1981, página 194.

(3) ROYO MARTÍNEZ llama expresión *equívoca y desconcertante* a la denominación de «legado de deuda» con que la doctrina designa a esta figura, en *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, pág. 175. PUIG BRUTAU lo llama «legado de cosa debida», terminología a nuestro juicio mucho más acertada, en *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1977, pág. 446.

(4) *El testamento*, trad. y anotado por Fairén Martínez, Madrid, 1959, página 335. En idéntico sentido, DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, 9.^a ed. revisada y puesta al dia por Cossío y Gullón, III, Madrid, 1959, pág. 518; GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, trad. por la R.G.L.J., VI, Madrid, 1911, pág. 511; CAPOZZI: *Successioni e donazioni*, II, Varese, 1982, página 670; WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. al italiano por Fadda y Bensa, III, Torino, 1925, pág. 515.

además reclamar la entrega de la cantidad legada. Sólo en el caso de que el acreedor declare *expresamente* que la cantidad legada al acreedor debe ser destinada (*imputada*, según la terminología legal) a pagar lo que a éste le adeudaba, habrá de aplicarse el legado a tal finalidad, de suerte que entonces el acreedor tendrá derecho a recibir como legatario lo que de todos modos podía ya exigir como acreedor del causante.

Esta misma idea puede expresarse también diciendo que el legado ordenado por el testador a favor de un acreedor no se presume hecho para satisfacer al acreedor de su crédito, y es consiguientemente un legado ordinario, con los mismos efectos que si se hubiera ordenado a favor de otra persona cualquiera, a menos que el testador declare expresamente ser su voluntad que el legado se aplique al pago de la deuda que tenía con el legatario. Sólo en este caso excepcional constituye el legado hecho a favor del acreedor una figura singular de legado, merecedora de especial examen, por los variados problemas que suscita.

No es pues exacto afirmar, como se hace a veces, que el legado de deuda es aquél que el testador realiza a favor de su acreedor (5), ni tampoco quizás que es aquél en el que el testador lega a éste lo mismo que le debe (6). Sólo merece tal denominación —aunque sea inapropiada— del legado de deuda en sentido estricto, el legado hecho a favor del acreedor cuando el testador declara expresamente que lo legado se impute al pago del crédito (7).

III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS: LEGADOS DE CREDITO, DE LIBERACION O PERDON Y RECONOCIMIENTO DE DEUDA

Es normal encontrar en las obras dedicadas al estudio del Derecho de sucesiones «mortis causa» en general, o a los legados en particular, el examen del legado que nos ocupa tratado sistemáticamente en una posición muy próxima a los epígrafes que mencionan otras dos figuras singulares de legado, cuales son el de crédito y el de perdón o liberación. Ello unido a que también el legislador español los agrupa (arts. 870, 871 y 872, para los de crédito y perdón o liberación, y 873 para el de deuda) y a que en todos ellos incide sustancialmente el hecho de que entre el testador y el legatario, o el testador y un extraño, o un extraño

(5) DÍAZ CRUZ: *Los legados*, Madrid, 1951, pág. 300; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, V, 3.^a ed., Granada, 1926, pág. 341.

(6) ALBALADEJO: Op. cit., pág. 191; OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 394; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama de Derecho de sucesiones*, I, «Fundamentos», Madrid, 1982, pág. 192; N. STOLFI: *Diritto civile*, VI, Torino, 1934, pág. 702.

(7) Para SÁNCHEZ ROMÁN se trata de aquel legado «que hace el testador a un acreedor suyo, declarando expresamente que le lega lo mismo que le debe», *Estudios de Derecho civil*, VI-2.^a, 2.^a ed., Madrid, 1910, pág. 1322.

y el favorecido con la manda, medie una relación crediticia, provoca a nuestro juicio el que se le dedique unas muy breves líneas dirigidas a diferenciar unos de los otros; y fundamentalmente, a delimitar el de deuda de todos los demás.

El artículo 870 de nuestro Código se refiere a esos dos tipos de legado —de *crédito* y de *liberación o perdón*— dándoles en muchos de sus aspectos un tratamiento unitario, a pesar de que evidentemente su naturaleza jurídica y sus efectos son distintos. Ambos tienen no obstante en la letra de la norma un elemento común: el de ser el testador *acreedor*, de un tercero en el primer caso, y del propio legatario en el segundo. En ambos supuestos por tanto, se lega un *crédito* del testador, con la diferencia entre ellos de que en una situación el legatario es el propio deudor, mientras que en la otra es un tercero. Pero en realidad, salvo ese factor común, se trata evidentemente —repito— de dos figuras jurídicas de naturaleza muy distinta.

Siendo un crédito un elemento activo del patrimonio, susceptible consiguientemente de disposición a título singular, sería el legado de crédito (*legatum nominis*) contemplado en el artículo 870, aquel en el que el testador dispone a favor del legatario de uno que tenga contra tercero (8). Ello sin perjuicio de que pueda ser también objeto de legado el crédito de un extraño (como legado de cosa ajena), así como el crédito del propio heredero, e incluso el de un legatario. Pero no nos interesa ahora toda la problemática que ciertamente encierra esta modalidad de legado; nos basta a los efectos propuestos resaltar que en este caso el objeto de la manda es un crédito con independencia de quién sea su titular.

Por otra parte, en el legado de perdón o liberación (*legatum liberacionis*), o aquél por el cual el testador renuncia a favor del legatario al derecho que le asiste a cobrar el crédito que contra dicho legatario tenía (9), se nos presenta igualmente una situación en la que el testador es acreedor, con independencia de qué la disposición alcance a todas las deudas existentes a su favor o por el contrario, sólo se refiera a alguna de ellas en particular, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 872 y 870, respectivamente.

No más razonamientos habrá que utilizar para diferenciar el de deuda de los de crédito y liberación o perdón. Atendiendo estrictamente a sus construcciones más puras, en aquél, el testador es *deudor* del favorecido, y para satisfacer el derecho de su acreedor ordena el legado. En éstos, tal testador es *acreedor*, y en calidad de tal dispone; y lo hace en un caso para enriquecer a otra persona —el legatario— con el derecho de crédito del cual era

(8) Define DÍAZ CRUZ tal legado como la «cesión gratuita y 'mortis causa' de un crédito que contra una persona tuviere el testador», en op. cit., página 271.

(9) Así lo define DÍAZ CRUZ, en op. cit., pág. 283.

titular; y en otro, para beneficiar económicamente a su propio deudor, liberándole de su deuda. El carácter con que actúa y la posición que ocupa en el contexto de sus relaciones patrimoniales el que dispone cuál ha de ser su voluntad última en un caso o en los otros, es diametralmente distinta, a pesar de que indudablemente en todos ellos tiende a favorecer económicamente al que resulta legatario.

Por lo que hace al simple *reconocimiento de deuda* hecho en testamento, no cabe duda de que, en principio, siempre que se ordene un legado de deuda habrá de entenderse implícito en él un reconocimiento de la misma, puesto que si el testador manda pagarle a otro cierta cantidad de dinero, y lo dispone haciendo constar que es su deseo que tal cantidad la cobre en concepto de pago de lo que le debía en vida, y más aún, si además describe con toda exactitud aquella deuda, está claro que al tiempo de desear el pago, reconoce su existencia (10).

Pero no ocurre lo contrario, desde el momento en que es evidente que no todo reconocimiento de deuda hecho en testamento implica legado de deuda. Sabemos ya de ciertas exigencias legales necesarias —sobre las que más adelante volveremos— para que la expresión testamentaria nos sitúe efectivamente ante un legado de este tipo, requiriéndose desde el artículo 873 una declaración *expresa* del testador por la cual resulte clara su voluntad de que ordene el legado precisamente para que sirva de pago de lo debido en vida a su acreedor. Si tal testador se limita en el documento a mencionar que otro es su acreedor, aunque incluso detalle todos los extremos de la deuda, señale exactamente cuál sea la cosa que le debe o la cantidad exacta de dinero que aquél tiene derecho a exigir, no podría ese acreedor solicitar el pago en concepto de legatario una vez causada la sucesión, por faltar aquella declaración a la que alude la norma (11).

Y esto es así aunque, efectivamente, pueda decirse que toda confesión de deuda no es otra cosa, en la intención del que hace testamento, que una orden dada a los herederos para que procedan a su pago (12). Mas no hay que olvidar de nuevo el texto del artículo 873, que parece dejar muy poca opción a una investigación de la verdadera intencionalidad del testador. Tendremos después ocasión de volver sobre este punto.

Independientemente de consideraciones más o menos forma-

(10) Cfr. DE BUEN: *Derecho civil común* II 3.^a ed., Madrid, 1936, pág. 554; DÍEZ PICAZO: *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pág. 314; DÍAZ CRUZ: op. cit., pág. 310; GARCÍA CANTERO: *Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil*, R.C.D.I., 1973, pág. 805.

(11) Cfr. GARCÍA CANTERO: op. y pág. cit. Como es natural, si el testador se limita a confesar o reconocer la deuda, se tratará tan sólo de un *acto de confesión*, con el valor que le atribuyen los artículos 1.231 y 1.232 del Código civil.

(12) PASTOR RIDRUEJO: *Reconocimiento y legado de deuda*. en «Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al prof. Serrano y Serrano», I, Valladolid, 1965, pág. 713.

les, cabe señalar una diferencia última fundamental entre legado de deuda y simple reconocimiento de ella, toda vez que el legado es un acto *dispositivo*, por el que el testador ordena el destino de una parte de su patrimonio para una vez ocurrido su fallecimiento, en tanto que el reconocimiento testamentario de deberle algo a otro es un simple acto *declarativo*, tendente por consiguiente sólo a manifestar la existencia de semejante situación (13). Naturalmente que podrá verse también en este caso en el testador un deseo de satisfacción para su acreedor, al que le facilitará seguramente de esta forma el cobro de lo que en vida le debía.

IV. FORMA DE ORDENARLO

Ya escribíamos antes, intentando una definición del legado de deuda, que no teníamos por exacto afirmar que se trata de aquel que el testador realiza a favor de su acreedor, ni tan siquiera el que tiene por objeto lo mismo que el testador debía a su acreedor, puesto que, según la redacción del artículo 873, en tales casos, ese acreedor conservará su crédito íntegro una vez causada la sucesión, pudiendo reclamario a los que resulten ser herederos de aquél, conforme a las reglas generales de aplicación contenidas en el Código. E independientemente del cobro del crédito, podrá también exigir la entrega del legado, puesto que condición de legatario tendrá, de acuerdo con el contenido del testamento. Ello —decíamos— es así porque la manda no se presume realizada para satisfacer el derecho del acreedor como tal, sino que por el contrario, se tendrá por un legado ordinario, de igual alcance y con los mismos efectos que si se hubiese ordenado a favor de otra persona cualquiera. Distinto será que el deudor, al testar, deciare expresamente ser su voluntad que el legado se aplique al pago de la deuda que tenía con el legatario, en cuyo único caso estaremos en presencia del mal llamado legado de deuda. Todo lo dicho nos hace detenernos en esa ineludible exigencia de la *declaración expresa* del testador al ordenar el legado, de la que resulte que lo hace precisamente con el ánimo de extinguir la deuda que mantenía con el favorecido por la manda.

Otras legislaciones se contentan con menos. Así, conforme al artículo 659 del vigente Código italiano —copia literal del art. 845 del anterior— basta que el testador haga *mención* de la deuda para que se considere el legado destinado a satisfacer el crédito del legatario (14). No requiere, por consiguiente, la declaración expresa que exige por contra nuestro artículo 873, bastando entonces con la simple referencia a la deuda en el momento de

(13) Cfr. CAPOZZI: Op. cit., pág. 671; CHIRONI: *Questioni di Diritto civile*, Torino, 1980, pág. 423.

(14) Artículo 659 C.C. italiano: «Se il testatore, senza fare menzione del debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per soddisfare il legatario del suo credito».

ordenar el legado. Si el testador hace un legado a su acreedor con tal mención del débito, la atribución se presume hecha en concepto de pago. Y siempre con la posibilidad de probar que, no obstante esa mención, el testador-deudor había querido atribuir el legado independientemente del pago de la deuda (15). Podría decirse entonces que en aquel ordenamiento constituirá legado de deuda lo que en el nuestro no pasaría, en la mayoría de las ocasiones, de ser un simple reconocimiento de su existencia.

Por otra parte, semejante a nuestro artículo 873 debe comprenderse el 1.023 del Código civil francés, en virtud del cual, el legado hecho a un acreedor no debe entenderse en concepto de pago de la deuda, si falta la expresa declaración en tal sentido (16).

Pero por lo que a nuestro ordenamiento respecta, y dada la tajante redacción del párrafo primero de la norma que nos ocupa, se puede afirmar categóricamente que no cabe admitir soluciones de interpretación que puedan suplir una falta de declaración expresa del testador; no cabe la investigación de cuál fue verdaderamente la intención última de éste al ordenar el legado a su acreedor, ni aún en aquellos casos en los que pudiese desprenderse del contexto general del documento testamentario un atisbo de intencionalidad en ese sentido (17). Y ello supone naturalmente en todo caso un beneficio para el legatario (18), desde el momento en que, dada la redacción de ese párrafo, a falta de tal declaración expresa de imputación del legado al pago de la deuda, se reputarán subsistentes el uno y la otra, incidiendo entonces en esa misma persona la doble condición de acreedor y legatario. Parece que desea nuestro legislador que, sólo en aquel supuesto en el que no existe género de duda de que el testador pretende pagar lo que debe ordenando la manda, ese acreedor pueda perder su condición de tal aceptando el legado; y que en tanto no ocurra así, tal acreedor lo seguirá siendo, además de legatario. Supone nuestro legislador, en suma, que mientras el testador no de a entender de modo *expreso* otra cosa, el legado y la deuda pendiente con el legatario son dos obligaciones distintas por entero. Y es que, como escribe nuestro comentarista Scaevela (19), es razonable pensar que si el testador, conocedor de la deuda, no hace la mención expresa que exige el artículo 873 al otorgar testamento, no se propuso en realidad saldar el débito que contra él correspondiera al

(15) Cfr. CAPOZZI: Op. cit., pág. 670.

(16) Artículo 1.023 C.c. francés: «*Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages*».

(17) En esta línea, DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 301. Piensa, no obstante, ALBALADEJO, que el espíritu de la norma al exigir la declaración expresa, es el de que la voluntad del testador en ese sentido pueda deducirse con seguridad del testamento. En op. cit., pág. 192.

(18) Cfr. AUBRY-RAU: *Cours de Droit civil français*, VII, 4.^a ed., París, 1875, pág. 461.

(19) *Código civil*, revisado por Ortega Lorca, XV, 4.^a ed., Madrid, 1945, página. 344.

iegatario, toda vez que en aquel momento tuvo a su alcance la fácil posibilidad de manifestar claramente que la manda era en pago de un tributo justamente debido.

Lo dicho nos plantea una cuestión última —tal vez anecdótica— cual es el que no todo testador es conocedor de nuestro ordenamiento; y que puede ocurrir con frecuencia que alguien, al disponer su última voluntad, considere que simplemente legando a otro lo que le debe cumplirá con su obligación de pago, cuando en realidad tal cosa no sucede. Y ello será usual quizás en aquellos testamentos, como son el cerrado u ológrafo, cuya realización tiene lugar normalmente sin ningún tipo de asesoramiento. Ocurrirá entonces que, a falta de esa declaración expresa, el legado surtirá efectos distintos a los deseados, a pesar de que otra fuese la intención del testador. Mas no hay duda de que tal se nos resulta el objetivo del legislador, que quiso que en situaciones similares a la descrita, esa persona estuviere en condiciones de exigir el legado además de lo que el causante en vida le debía.

Pero no lo es todo, en orden a los efectos que el testador persigue, la declaración expresa a la que repetidamente estamos refiriéndonos, puesto que habrá ocasiones en las que, a pesar de que así se ordene, no ya sólo no podrá considerarse como de deuda, sino lo que ocurrirá es que resultará ineficaz como legado. Tal sucederá, a título de ejemplo, cuando el deudor disponga en su testamento un legado a favor de su acreedor expresando que lo hace para saldar su deuda, pero sin precisar en el momento la cuantía de la misma —o lo que es lo mismo, el *objeto* del legado— supuesto éste en el que la manda habrá de considerarse nula, por indeterminada (20). Volveremos sobre estas cuestiones más adelante, cuando analicemos algunos supuestos concretos de legados de deuda.

V. EFECTOS QUE PRODUCE

Cuando el testador declare expresamente ser su voluntad que el legado dispuesto a favor del acreedor se *impute* al pago del crédito —legado de deuda en sentido estricto— la disposición está destinada a cumplir una función extintiva del crédito. Mas como indudablemente el hecho de ordenarlo no puede reputarse jurídicamente equivalente al pago (21), habrá necesariamente que determinarse en virtud de qué construcción jurídica se produce tal extinción; en base a qué institución se puede afirmar que tiene lugar la completa satisfacción del derecho de ese acreedor y la correlativa extinción de la deuda.

El punto de partida a tal efecto podría ser la consideración de que, en tal caso, no se puede sostener el que haya tenido lugar

(20) Cfr. BORRELL: *Derecho civil vigente en Cataluña*, V, 2.^a ed., Barcelona, 1944, pág. 312.

(21) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN: Op. cit., pág. 1323.

una sucesión en la deuda del testador al legatario (22) por las razones ya anteriormente apuntadas en otro lugar. Por el contrario, lo que ciertamente se produce es la constitución de una nueva deuda en sustitución de la originaria, anteriormente existente entre testador y legatario; relación obligacional que se extingue mediante novación, sustituyendo entonces el derecho del acreedor por otro de análogo contenido, nacido del legado.

Claro es que ese efecto extintivo del crédito mediante novación, no puede producirse sin el consentimiento del acreedor. Pero ese consentimiento se manifiesta en virtud de la aceptación del legado. Abierta la sucesión, el acreedor puede, si lo prefiere, no aceptar el legado, y entonces conservará íntegro su crédito contra los herederos de su deudor, pero naturalmente no podrá en tal supuesto hacer uso del derecho que mediante el legado se le confería, ni reclamar nada como legatario. En cambio, si acepta el legado, su crédito se extingue —al menos en cuanto a la cantidad concurrente— y sólo puede ya reclamar como legatario lo que se le debía por título distinto.

Que esto es así, se deduce del párrafo segundo del propio artículo 873, cuando dispone que «en este caso, el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado». Es decir, que si el legado no basta para satisfacer por completo el crédito, el acreedor, una vez aceptado el legado, podrá cobrar el exceso, pero sólo el exceso, a título de acreedor, porque en cuanto a la cantidad concurrente el crédito se habrá extinguido parcialmente por novación, y sólo podrá reclamar *ex testamento* como legatario. Y si por el contrario, lo legado excede del importe del crédito, nada podrá ya reclamar el beneficiario como acreedor, puesto que su crédito se habrá extinguido totalmente, y sólo podrá exigir a título de legatario, tanto lo que antes se le adeudaba, como el exceso.

Sánchez Román (23), que dedicó al estudio de esta figura de legado mayor espacio del que es frecuente entre nuestros tratadistas, parece en principio rechazar la tesis novatoria que aquí se propugna, cuando dice que por el legado de deuda no pierde el acreedor nombrado legatario de su antiguo crédito, los derechos y acciones que como tal le correspondían, porque eso sería novar su situación jurídica, producto de voluntades concordantes, por la sola del deudor y sin contar con la del acreedor, sino que adiciona los de legatario. Pero parece evidente que al escribir así se está refiriendo al simple hecho de haberse ordenado el legado a favor del acreedor; y ello es exacto, porque por el legado no pierde el acreedor sus derechos y acciones como tal acreedor, ya

(22) En este sentido, entre otros, BARBERO: *Sistema del Derecho Privado*, V, trad. por Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967, pág. 187; FERRARA: *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, R.D.P., 1923, pág. 333; GARCÍA CANTERO: Op. cit., pág. 803.

(23) Op. cit., págs. 1322 y ss.

que no es simplemente el haberse ordenado tal legado lo que produce el efecto extintivo del crédito. Para que la extinción —total o parcial— del crédito se produzca es indispensable el consentimiento del acreedor, ya que éste no puede, sin su voluntad, perder su crédito. Y así viene a reconocerlo el propio Sánchez Román cuando más adelante dice que «el legado de deuda cierta no puede privar al legatario acreedor de sus derechos y acciones como tal para reclamar el crédito *mientras no preste su aceptación al legado*» (24), añadiendo a continuación que para que esa especie de novación se realice es indispensable el consentimiento del acreedor legatario. Es decir, que en definitiva reconoce que una vez aceptado el legado, el acreedor legatario no puede ya reclamar como acreedor, porque su crédito se ha extinguido por novación.

También el comentarista Scaevara (25) parece estimar certeramente que el crédito del legatario se extingue, mediante el legado de deuda, una vez aceptado éste. Pero llega a esa conclusión por un camino confuso, extraño e inadmisible. Sostiene este autor que lo que se realiza, en el caso de que el testador decíare que el legado hecho al acreedor se impute al pago de su crédito, es una verdadera *compensación* (modo entre otros de extinguir las obligaciones. Arts. 1.156 y 1.195 y ss. del C. c.), puesto que —sigue diciendo— dejan de existir una y otra deuda en la cantidad concurrente (art. 1.202). Y luego añade que pueden no darse todos los requisitos que el artículo 1.196 exige para que tenga lugar tal compensación, porque es posible que las deudas no sean homogéneas, o que no esté vencida la pendiente contra el testador, o no sea líquida o exigible. Mas no cabe duda de que lo que realmente falta en el caso contemplado, es la situación básica determinante de la compensación, o sea, que dos personas sean recíprocamente acreedor y deudor la una de la otra. En el caso del legado de deuda no hay más que un deudor y una deuda, cuyo pago ordena el testador que se realice mediante el legado. Una vez aceptado tal legado, el crédito preexistente se extingue y es reemplazado por el derecho del legatario —antes acreedor— a exigir el cumplimiento del legado.

De que una vez aceptado el legado por el hasta entonces acreedor del testador, lo que realmente ocurre es que se extingue mediante novación aquella primitiva relación existente entre éste y el testador-deudor, ocupando su lugar una nueva, nacida del legado, entre el legatario y el gravado con tal legado, es reconocido expresamente por algún autor (26). Hay que tener presente para ello que la novación no consiste tan sólo en una modalidad extin-

(24) Pág. 1323.

(25) Op. cit., pág. 346.

(26) Cfr., a título indicativo, BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, 2.^a ed., Milano, 1944, pág. 459; y BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed., trad. por M. Fairén, Barcelona, 1960, pág. 462, este último, en relación al Derecho romano.

tiva de obligaciones, en cuyo caso no encontraría sustento lo dicho hasta ahora; sino que, por el contrario, actúa también como fuente creadora de las mismas, de manera que a la par de tal extinción propicia el nacimiento de una nueva obligación que viene a ocupar el lugar de la antigua (27). Y como para que tal efecto extintivo se produzca, con el correlativo nacimiento de la nueva obligación, es imprescindible en todo caso la *renuncia* del acreedor al primitivo crédito (28), sin cuya voluntad difícilmente podría convertirse en titular de una nueva relación obligatoria en lugar de recibir aquello que se le debe, es por lo que aparece la aceptación del legado por el deudor-legatario como momento esencial para determinar si realmente esa persona a la que el testador debía algo en vida, renuncia a su condición de acreedor del causante para convertirse, como legatario, en acreedor del gravado con la manda. Se puede afirmar, en definitiva, que acepta cobrar aquello que se le debe, como legatario en vez de como acreedor del fallecido.

Y al hilo de todo esto, resulta ocioso señalar que lo que no es admisible de ninguna manera es que, después de aceptado el legado de deuda, conserve el acreedor su primitivo crédito y pueda optar por ello entre ejercitar la acción derivada de su condición de acreedor, o la acción *ex testamento* para exigir el cumplimiento del legado, porque aquélla —o mejor dicho, el crédito— se ha novado extintivamente y ha sido reemplazado por el nuevo derecho que su condición de legatario le confiere. Una vez cumplido el legado, queda satisfecho su derecho de legatario, sin perjuicio de que, si el legado no alcanza a cubrir el crédito, pueda reclamar el exceso como acreedor, porque en esa parte el crédito no se extingue, conforme al párrafo segundo del artículo 873 que nos ocupa (29).

En algún momento ha podido pensarse que, en determinados supuestos, el legado de deuda encierra una verdadera dación en pago (*datio in solutum*) y no una novación, fundamentalmente en aquellos en los que el testador-deudor legue a su acreedor, como pago de su deuda, cosa distinta de la debida (el que debe una cantidad de dinero, y en concepto de pago ordena a favor de su acreedor un legado cuyo objeto sea por ejemplo una finca rural) (30), entendiendo que entonces el deudor ofrece a su acre-

(27) Cfr. HEDEMÁN: *Derecho de obligaciones*, III, trad. y anotado por Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 201; JOSSERAND: *Derecho civil*, II-1.º, trad. por Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, pág. 706; LAFAILLE: *Derecho civil*, VI-1.º, Buenos Aires, 1947, pág. 380.

(28) CARBONNIER: *Derecho civil*, II-3.º, trad. de la 1.ª ed. francesa por M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1971, pág. 220.

(29) DÍAZ CRUZ mantiene que, siendo el espíritu del art. 873 claramente favorecedor para el acreedor legatario, éste podrá utilizar todos los medios a su alcance que le permitan cobrar ambas cosas; esto es, la deuda y el legado; de manera que escogido por tal acreedor legatario cualquiera de los dos caminos y fracasado en su intento por cualquier causa, tiene siempre expediente el otro para cobrarse su acreencia. En op. cit., pág. 306.

(30) Cfr. CAPOZZI: Op. cit., pág. 672; DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 307; GARCÍA CANTERO sostiene que la idea de dación en pago está expresamente ex-

dor una prestación distinta de la adeudada, y que ambos consienten en ello: el deudor al testar y el acreedor al aceptar el legado ordenado a su favor, ya que nadie puede ser obligado a tomar en pago algo distinto de lo debido (arts. 1.161, 1.166 y 1.170 C. c.). Pero tal cosa, que a primera vista parece ajustarse a la construcción jurídica de ambas instituciones —dación en pago y legado de deuda— resultará erróneo si analizamos con cierto detenimiento la una y la otra.

Del legado de deuda ya hemos dibujado sus líneas básicas: se *extingue* mediante novación la primitiva relación y surge una nueva nacida del legado, distinta a la anterior, que ocupa su lugar; y todo ello desde el momento de la aceptación de tal legado. Si la dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, *para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida*, la entrega de unos bienes distintos de aquellos *en que la prestación consiste* (31), advertimos que no está en el ánimo de esas partes el desear dar lugar al nacimiento de una nueva obligación que sustituya a otra anterior —se sostiene que mediante la dación en pago, esa segunda obligación no ha existido jamás— sino que lo únicamente perseguido de esta forma es la *extinción* de la primitiva (32), de forma que mientras que el deudor no realiza la nueva prestación, subsiste la obligación originaria (33). De manera que ni aún en ese caso de legado de deuda de cosa distinta a la debida, puede admitirse el que la extinción del crédito se produzca mediante una dación en pago, puesto que no es que en tal situación el acreedor acepte unos bienes distintos de los debidos en aquella primitiva obligación, ya que la misma se extingue al aceptar el legado, y los bienes que recibe no lo son en concepto de pago de aquella obligación ya extinguida, sino que tales bienes son los que le debe el gravado con tal legado, y a resultas del mismo. A mayor abundamiento, hemos de tener presente que, en caso de extinción de una obligación mediante dación en pago, el acreedor, ante el incumplimiento por el deudor de lo prometido en el convenio posterior, puede exigir la prestación previamente pactada (34), lo que indudablemente no puede de ningún modo ocurrir tratándose de legado de deuda ya aceptado por el acreedor, ya que desde el momento de tal aceptación, nada puede reclamar éste como acreedor del causante.

Resulta conveniente, para finalizar este apartado, plantear una cuestión última, cual sería aquella en la que, previsto un legado

cluida del artículo 873-2.^º, pues el acreedor tiene derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado. En op. cit., pág. 804.

(31) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 2.^a ed., Madrid, 1983, pág. 662.

(32) LATOUR BROTONS: *Notas sobre la dación en pago*, R.D.P., 1953, página 629.

(33) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, A.D.C., 1957, pág. 792; SERRANO ALONSO: *Consideraciones sobre la dación en pago*, R.D.P., 1978, pág. 428.

(34) MERINO HERNÁNDEZ: *La dación en pago* R.D.N., 1957, pág. 98.

por el testador a favor de uno de sus acreedores, y a pesar de que tal testador, al ordenarlo, no mencione expresamente el hecho de que el mismo se impute al pago de la deuda, el legatario lo acepta —y lo cobra— con intención de que le sirva de pago de tal deuda, ¿podría después éste reclamar a los herederos de su deudor el pago de lo que el causante le debía? Parece evidente que, caso de probarse tal móvil en la conducta del legatario al aceptar el legado, éste ya nada podría después reclamar en concepto de acreedor del fallecido, por una simple aplicación de la doctrina de los *actos propios* (35). Y muy fácil será deducir cuál fue su intención, en el caso de que acepte sólo la cantidad que el testador le debía, repudiando el resto del legado. Debe entonces entenderse que adquiere el legado, en esa parte, en concepto de pago de lo debido, no siéndole después posible exigir a los herederos el pago de la deuda, a la que, de otra forma, también tendría derecho.

VI. VALIDEZ DEL LEGADO DE DEUDA. EL PROBLEMA DE LA LIBERALIDAD

El primer problema que este legado de deuda en sentido estricto plantea, es el de su validez, porque el hecho de que mediante él haya de recibir el legatario algo a lo que ya por título distinto tenía derecho, ha suscitado a veces grandes dudas acerca de su eficacia, que ha sido en ocasiones negada.

Y ello es porque si observamos que la figura del legado tiene, de acuerdo con sus orígenes históricos y con la técnica sucesoria, la tendencia a la *liberalidad* (36), y si entendemos por *acto liberal* aquél por el que, sin estar obligada a ello, una persona procura a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, de manera que no hay tal liberalidad si existía *deber* de realizar el acto por el que ese beneficio gratuito se proporciona (37), se advierte que en el caso de legado de deuda, falta tal liberalidad desde el momento en que el testador lega lo que debía (38). Por ello es por lo que se sostiene a veces que su eficacia y validez estará en todo caso supeditada.

(35) Así lo entiende BORRELL, en op. cit., pág. 313. Vid., a propósito de este tema, el interesante estudio que lleva a cabo DÍEZ PICAZO, acerca de la doctrina de los actos propios en relación al principio general de la buena fe, en *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, especialmente páginas 134 y ss.

(36) ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, V, «Derecho de sucesiones», Barcelona, 1982, pág. 285; DÍAZ CRUZ: op. cit., pág. 9; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, V, «Derecho de sucesiones», Barcelona, 1981, página 27.

(37) ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones», 3.^a ed., Barcelona, 1984, pág. 335.

(38) ALBALADEJO: *Comentarios...* cit., pág. 194 cit.; PLANOL-RIPERT: *Tra-*
tado práctico de Derecho civil francés, V, trad. por M. Díaz Cruz, Habana, 1946, pág. 638.

tada a que facilite al acreedor-legatario alguna ventaja con la que no contara antes de que el testador lo ordenara a su favor. En caso contrario, será nulo por falta de interés del legatario (39).

Esta actitud arranca del Derecho romano, que exigía para la validez del *legatum debiti* la existencia de tal ventaja para el acreedor, resultando la posición de éste mejorada de algún modo por virtud del legado; por ejemplo, haciendo exigible inmediatamente un derecho que estaba sujeto a plazo o condición, o impiéndole al heredero oponer una excepción que el deudor hubiera podido utilizar, o dotando de título al acreedor que carecía de él o cuyo crédito estuviere deficientemente documentado, etc., de suerte que interesaría más al acreedor reclamar *ex testamento* que en virtud de su anterior derecho de crédito, siendo nulo el legado en todos los demás casos (40).

Esta postura, adversa a la eficacia de este legado en tales supuestos, se ha explicado generalmente partiendo de esa concepción del legado como acto de liberalidad, a base de que en el primitivo Derecho romano el legado se definía como donación (*legatum est donatio testamento relicta; donatio quaedam a defuncto relicta*), y considerando la opinión tradicional que la donación implicaba necesariamente tal liberalidad, resultaba por ello inconcebible un legado en el que ésta faltase (41).

No obstante, esta idea de que ese elemento —la liberalidad— constituía en aquel Derecho un requisito jurídico de naturaleza tal, que determinaba la nulidad de un legado que no reportara ventaja patrimonial alguna para el legatario, está sujeta a alguna matización.

Evidentemente, cuando el ámbito de los legados fue muy restringido, la cuestión ni siquiera se planteaba. Los legados típicos suponían la atribución a alguien de un derecho real o personal, y no era concebible tal atribución de uno de estos derechos sin ventaja para el legatario. Pero esa situación se modifica cuando se amplía el ámbito de las disposiciones testamentarias, y sobre todo cuando fue posible imponer un *modus* o un fideicomiso al

(39) BORRELL: Op. cit., pág. 312 cit.; DUSI: *Istituzioni di Diritto civile*, II, Torino, 1937, pág. 289; RICCI: *Corso teorico-practico di Diritto civile*, 3.^a ed., III, Torino, 1923, pág. 849; NICOLA Y FRANCESCO STOLFI: *Il nuovo Codice civile commentato*, II, Napoli, 1941, pág. 321.—Naturalmente, distinta será la situación en la que el deudor sea, no el propio testador sino un tercero; o que la deuda no exista, o sea menor de la cantidad legada, casos éstos en los que si existirá verdadera e indiscutible liberalidad, como veremos más adelante. Y todavía, en otras ocasiones se ha dicho que el legado de deuda significa una *reiteración* de una relación jurídica preexistente. Vid. a este respecto, FASSI: *Tratado de los testamentos*, I, Buenos Aires, 1970, pág. 574.

(40) Cfr. BIONDI: op. cit., pág. 324; FERRINI: *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto romano*, Roma, 1976, pág. 65.—Indica el propio BIONDI, en op. cit., pág. 463, nota 523, que en algún texto se dice que el legado de deuda es *inutile* (Inst. 2,20,14) y en otros se le declara *nullum* (fr. 28.3D.34,3; Scaev.16 dig.), pero que *inutile* no ha de entenderse como superfluo o vano, sino como ineficaz e inválido.

(41) Cfr. BIONDI: Op. cit., pág. 321.

legatario, en cuyo caso, admitida la posibilidad de que el dispuesto pueda gravar el legado con una carga exigible, siendo factible que la misma absorba el contenido económico de la manda, ha de admitirse igualmente el que un legado no atribuya ventaja alguna al legatario. Esta hipótesis, aunque excepcional, sería suficiente para negar el carácter de requisito esencial del legado a la liberalidad (42).

Esto es entendiendo la *liberalidad* de esa forma: que el legado represente una ventaja para el legatario. Pero alguno ha querido describir la tal liberalidad desde otro punto de vista. Así, Grossi sostiene que, formalmente, el legado ha de implicar efectivamente la atribución de un derecho (real o de crédito) a otra persona, pero *sin idea alguna de correspondencia*, posición que clifica a su juicio la sostenida ineffectuacía del *legatum debiti* en el que no se advierta ventaja para el legatario, desde el momento en el que tal ineffectuacía se basaba en que el legado se ordenaba *en correspondencia* a un derecho del legatario, y explicándose también así el porqué de la admisión del legado cuya ventaja pudiera ser anulada por una carga o por un fideicomiso (43).

Mas realmente, cabe afirmar que la liberalidad no asume en ningún momento, en ninguna época del Derecho romano, el carácter de requisito necesario para la efectividad del legado; y en ningún caso se admite la nulidad de un legado sólo porque no scuponga ventaja alguna para el legatario. Por el contrario, hay muchas modalidades de legado que se consideran perfectamente válidos sin que reporten tal ventaja para éste (44).

Entonces, ¿cabe comprender el porqué de la nulidad del *legatum debiti*, si hemos de prescindir para ello de la falta de liberalidad? En efecto, tal nulidad se producía, pero por motivos muy distintos a los hasta ahora mencionados. La explican algunos basándose para ello en la repugnancia del antiguo Derecho a la subsistencia de relaciones jurídicas distintas, pero sustancialmente idénticas, para obtener una misma cosa (45). Razona Biondi en el sentido de que no era posible la coexistencia de varias relaciones entre las mismas partes y que tuviesen el mismo objeto, precisamente porque *qui bis idem promittet, ipso iure amplius quam semel non tenetur* (fr. 18 D. 45.1; Pomp. 10 ad Sab.), y por consiguiente la causa posterior por regla general absorbía a la anterior. Pero esto —sigue diciendo— no puede suceder sin la voluntad del acreedor. Y para conciliar esta exigencia con el principio de la extinción por *concurso de causas*, no siendo razonable declarar la

(42) Cfr. BIONDI: Op. cit., págs. 322 y 323.

(43) *I legati nel Diritto romano. Parte Generale*, 2.^a ed., Torino, 1962, páginas 61 y 62.

(44) Así lo entiende BIONDI, en op. cit., págs. 323 y 324. Cita este autor en esta última página 324 algunos significativos ejemplos de tales legados que, sin obtener por ellos ventaja en legatario, se tenían por válidos.

(45) GANGI: *I legati nel Diritto civile italiano*, «Parte generale», I, 2.^a ed., Padova, 1933, pág. 25; BIONDI: op. cit., págs. 463 y 464.

nulidad del legado de deuda, que podría tener una importante función práctica, pareció oportuno a los juristas exigir, no la voluntad del acreedor, sino su provecho, sin afectar con ello la regla general ya apuntada del concurso de causas, ni prejuzgar la cuestión de la liberalidad (46).

Entendiendo la *liberalidad* como la intención por parte del testador, de proporcionar al legatario alguna *ventaja patrimonial*, actualmente se piensa, que si bien normalmente constituye ésta la esencia del legado, no es requisito imprescindible para su eficacia y validez, siendo posible, por tanto, que la atribución en que el legado consista no proporcione al legatario ventaja económica alguna (47). Tal ocurre, por ejemplo, cuando el legatario resulte gravado con otro legado, cuyo cumplimiento absorba por completo el valor de la atribución (art. 858 C. c.), o como sucede con el legado de deuda, en el que tal legatario recibirá por esta vía aquello a lo que, aunque por otra, tenía derecho.

Y si hemos de entender esta nota de liberalidad en el sentido de que, como efectivamente ha de ocurrir, el testador otorgue la disposición sin estar legalmente constreñido a hacerlo (48), se observa que este testador que ordena un legado a favor de su acreedor para que le sirva de pago de lo debido, lo hace impulsado por un móvil semejante, puesto que si bien efectivamente está legalmente obligado a pagar su deuda, no lo está desde luego a ordenar tal legado en su testamento. Prescindiendo de cuál fuese su situación patrimonial en vida, de cómo desarrollase sus relaciones obligacionales con otras personas, haciendo abstracción en definitiva de todo aquello que no sea su última voluntad dispuesta en testamento, esa persona desea —y así lo refleja en el documento— que aquella deuda desaparezca, y que su acreedor vea satisfecho su crédito por ese camino. Y lo hace libremente, y con seguridad a sabiendas de que, aún a falta del legado, aquél obtendría el cobro de su crédito, de manos de sus herederos.

(46) Op. cit., págs. 463 y 464 cit.

(47) ALBALADEJO: *Curso...* cit., V, pág. 285 cit.; BINDER: *Derecho de sucesiones*, trad. y anotado de la 2.^a ed. alemana por Lacruz Berdejo, 1953, página 316; CAPOZZI: Op. cit., pág. 670; DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 10; GANGI: Op. cit., pág. 24; GROSSO: Op. cit., pág. 68; KIPP: *Derecho de sucesiones*, trad. y anotado por Roca Sastre, V-2.^o, Barcelona, 1951, pág. 158; LACRUZ-SANCHÓ: Op. cit., pág. 27 cit.; MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. por Sentís Melendo, VII, Buenos Aires, 1971, pág. 322; OSSORIO MORALES: Op. cit., pág. 345; ROTONDI: *Instituciones de Derecho Privado*, prólogo, trad. y concordancias de F. Villavicencio, Barcelona, 1953, págs. 622 y 623; VALVERDE: Op. cit., pág. 324.—Otros fijan la esencia del legado en el carácter *patrimonial* que necesariamente ha de asumir. Vid. BIONDI: Op. cit., página 316; aunque también se sostiene que el legado probablemente siga siendo tal cuando su objeto lo constituyan cosas sin valor económico, o de un valor inestimable, como ocurre cuando se legan cartas, recuerdos, honores en su caso, etc. Vid. LACRUZ-SANCHÓ: Op. cit., pág. 298. VALLET DE GOYTISOLO centra la cuestión de la liberalidad en el hecho de que al legatario se le confiere una pretensión autónoma que normalmente implica para él alguna ventaja, aunque sea *moral*. En op. cit., pág. 176.

(48) OSSORIO MORALES: Op. cit., pág. 345 cit.

Hay que sostener, en suma, que el legado de deuda, a diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, es siempre válido, aunque en ocasiones pueda parecer que el acreedor-legatario no obtenga por él una verdadera ventaja, y a pesar de que en otras no resulte a simple vista el espíritu liberal en el testador-deudor al ordenar la manda (49). Pero no cabe duda de que, en la mayoría de las ocasiones, sí existirá tal ventaja para el favorecido; ventaja que puede manifestarse de muy distintas formas y bajo muy diversos aspectos, todos ellos apuntados ya con reiteración por la doctrina. Así, se dice que el acreedor verá reforzado su crédito con una nueva pretensión procedente del legado, que puede serle ventajosa, porque para ella transcurre un distinto plazo de prescripción (50); o que, caso de que fuese objeto de la deuda una cosa genérica, se produce la individualización en virtud del testamento (51); y también cuando siendo la deuda condicional o a término, se convierte en pura y simple, si de esta forma pura se ordenó el legado (52); o en aquella otra situación en la que la deuda fuese dudosa por falta de comprobantes, o no fuese líquida, convirtiéndose en tal por el legado (53), y en todo caso, la posibilidad a la que accede ese acreedor, una vez legatario, de anotar preventivamente su derecho sobre los bienes de la herencia, por prescripción de la Ley Hipotecaria, con la que el simple acreedor personal no cuenta (54). Y todavía se podría continuar con la reseña de probables ventajas a obtener en virtud del legado por el acreedor-legatario (55).

Pero en última instancia, será el propio acreedor el que habrá de determinar si mediante tal legado obtiene o no alguna ventaja (56), ya que, como es sabido, la simple institución hecha en testamento no significa la obligatoriedad para él de aceptarlo, perdiendo entonces su condición de acreedor del testador. Sólo perderá esa condición cuando, después de sopesar muy detenidamente los pros y los contras que el legado conlleva, lo acepta; único momento en el que pierde naturaleza de acreedor del fallecido para pasar a serlo del gravado, en razón de su condición de legatario. Se convierte entonces la cuestión en un problema enteramente

(49) Cfr., entre otros, BRANCA: *Istituzioni di Diritto Privato*, 5.^a ed., Bologna, 1973, pág. 732; DEGNI: *Lezioni di Diritto civil. La successione a causa di morte*, II, 2.^a ed., Padova, 1936, pág. 47.—Por supuesto, algún autor sostiene la *inutilidad* de este legado.—Cfr. LAURENT: *Principes de Droit civil-français*, XIV, 2.^a ed., Bruxelles, 1876, pág. 177.

(50) BINDER: Op. cit., pág. 330.

(51) CAPOZZI: Op. cit., pág. 671 cit.

(52) GIANNATTASIO: *Delle successioni*, en «Commentario del Codice civile», II-2.^a, Torino, 1978, pág. 274.

(53) DE DIEGO: Op. cit., pág. 519.

(54) Cfr., respecto a esta última posibilidad, GETE ALONSO: *Las garantías hipotecarias del legado*, R.J.C., 1981, núm. 2, págs. 327 y ss.

(55) Se encuentra una exhaustiva relación de tales posibles ventajas en PACIFICI-MAZZONI: *Codice civile italiano*, VII, 4.^a ed., Firenze, 1914, págs. 377 y 378.

(56) TRABUCCHI: *Novissimo Digesto Italiano*, IX, pág. 601.

mente *subjetivo*, desde el momento en el que, nadie como él está en condiciones de apreciar la existencia o inexistencia de la ventaja. Si después de plantearse la cuestión, considera éste que, por cualquiera de los motivos señalados o por algún otro —incluso de índole personal— le favorece perder su condición de acreedor del causante, y concurrir a la liquidación de la herencia en calidad de legatario, aceptará el legado. Si por el contrario, considera más positivo el intentar el cobro de su crédito en concurrencia con los demás acreedores del causante, lo repudiará, en razón de que éste, a su juicio, o no le reporta ventaja alguna, o incluso le perjudica. Y todo esto, teniendo siempre muy presente, que según dispone el artículo 1.027 del C. c., el derecho de los acreedores del causante es preferente al de los legatarios, quienes no han de percibir lo que como tales pudiese corresponderles, mientras aquéllos no resulten pagados, en consonancia con el principio de que *primero es pagar que heredar* (57).

Esta será en todo caso una poderosa razón con la que jugará el interesado al plantearse la cuestión; y desde luego, si acepta el legado, quedando por ello desplazado en el orden a seguir en los pagos, no se puede dudar de que la ventaja que piensa obtener con el legado, será para él de categoría tal que sacrifica aquella posición más privilegiada en aras de renunciar a su primitivo crédito, concurriendo desde entonces como legatario a la liquidación de la herencia.

VII. EXAMEN DE ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES

El término *acreedor* que utiliza el artículo 873 de nuestro Código refiriéndose al destinatario del legado, sin ningún tipo de matiz ni recorte, sugiere una serie de posibilidades de legado de deuda que escapan de los objetivos que nos propusimos al inicio de este trabajo. Mencionando esta norma simplemente «... a un acreedor...», tienen cabida en la misma todas aquellas situaciones en las que una persona esté colocada frente a otra como titular de un derecho de crédito, en virtud del cual le sea posible exigir a ese otro una prestación que le debe. Evidentemente, si se quisieran ahora analizar todos y cada uno de los legados de deuda posibles, sería tanto como comenzar el examen pormenorizado de

(57) A pesar de que ese artículo 1.027 encuentra acomodo en nuestro Código entre los dedicados a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se sostiene por algunos que no sólo es de aplicación lo allí dispuesto cuando existe aceptación con tal beneficio, sino también en la liquidación de la herencia no beneficiaria, porque cualquiera que sea la clase de aceptación, hay siempre, por imperativo del artículo 1.911, una cierta separación o posibilidad de separación (al menos, a efectos de la responsabilidad) entre el patrimonio del sucesor y el del causante, de manera que los bienes que éste dejó, se hallan reservados, en principio, a los acreedores que tenía en vida, y sólo si algo queda, a los legatarios. Cfr. LACRUZ-SANCHO: Op. cit., pág. 108; PUIG BRUTAU: Op. cit., V-1.º, Barcelona, 1975, página 320.

la relación obligatoria, con el detenido estudio de sus cuestiones fundamentales, como sujetos, objeto, circunstancias que en la misma inciden, etc.; para finalizar con el análisis de las muchas particulares relaciones de este tipo previstas en nuestro Ordenamiento. Una vez visto lo anterior, habría de adaptarse todo ello al hecho que nos ocupa, esto es, que el tal acreedor consiga por vía de legado la satisfacción del interés que para él suponía el crédito del que era titular.

En base a tales consideraciones, no hemos de hacer nosotros sino remitirnos a las primeras líneas de nuestro trabajo, cuando ya entonces lanzábamos una llamada de atención al respecto. Y no deseamos sino reafirmarnos en aquellas nuestras primeras observaciones, en el sentido de que pretendíamos ajustar nuestra tarea al *legado de deuda*, huyendo de la posibilidad de traspasar los límites que la institución nos presenta, y ciñéndonos, por consiguiente, a la consideración de la problemática que como tal institución jurídica plantea. Nos propusimos allí el no convertir estas páginas en un ridículo compendio de Derecho de obligaciones, y así queremos hacerlo. Valga también esto quizás como excusa ante el que no encuentre aquí aquello que busca.

Pero no cabe duda de que resulta imprescindible siquiera apuntar algunos supuestos concretos que, o bien en razón del tipo de obligación que propicie la existencia de ese acreedor con su correspondiente deudor, o del número de personas que conformen cada una de esas dos partes enfrentadas, e incluso en aquellos en los cuales una persona realice a favor de otra una atribución patrimonial mediante este legado, con ánimo de pagar lo que él cree que debe de pagarle a aquél, serán tan especiales que justifican un tratamiento individualizado. Y eso vamos a hacer por lo que respecta al legado de deuda *pluripersonal* y al de deuda *personalísima*, así como al «*pago*» por esta vía de una *obligación natural*. También trataremos específicamente aquellos otros casos en los que el deudor pretende, por vía de legado, pagar una deuda que no existe; o, en fin, que lega a un acreedor, expresando también su intención de pago, lo que otro y no él le debe. Pienso que todos ellos son merecedores de consideraciones particulares.

a) *En general.*

El término *acreedor* que utiliza la norma, ha de entenderse, por tanto, referido a cualquier tipo de acreedor, sin importar por qué concepto lo sea (58); y por consiguiente, se debe com-

(58) DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 301. Y no sólo es nuestro artículo 873 el que no distingue en este punto, puesto que lo mismo ocurre en los Códigos italiano y francés. Respecto a este último, señala DEMOLOMBE que en la antigua jurisprudencia sí se matizaba según que el testador fuese deudor del legatario a título *oneroso* o *gratuito*; mas el legislador, al redactar el artículo 1.023, puso fin a tal dualidad de criterios. Vid. *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, XXI, París, 1884, pág. 632.

prender que la deuda que el testador pretende saldar ordenando el legado, puede ser también de cualquier clase, e incluso encontrarse en cualquier forma. Puede que la misma esté sujeta a alguna modalidad, tal como condición o término, no estar vencida ni ser exigible, situaciones todas en las que el legado será igualmente válido (59). Y es que, además, si tal deuda era condicional o a término, y el legado se ordena pura y simplemente, el deudor se convierte en legatario puro y simple, supuesto éste en el que con mayor claridad se observa la existencia de esa controvertida ventaja a obtener por el acreedor, renunciando a su primitivo crédito. Igual sucede en los demás casos mencionados, en los que esa persona no dudará en obtener aquellos que se le debía en calidad de legatario, si con ello consigue su inmediata satisfacción, que de otra forma estaba supeditada a una fecha quizás lejana de vencimiento.

b) *Casos en los que resultará nulo el legado.*

Otra cosa será que al ordenar el legado, el testador-deudor incurra en una cierta indeterminación en las personas o en el objeto del mismo. Si a pesar de existir la deuda, sea ésta del tipo que sea, ordena en su testamento un legado a favor «*de todos mis acreedores*, para que de esa forma se cobren de lo que les debo», habida cuenta de que se trataría de una disposición en favor de persona incierta, sería nula a tenor de lo dispuesto en el artículo 750 del C. c. (60). Algo semejante ocurrirá, si a pesar de mencionar quiénes son tales acreedores, no precisa la cuantía de la deuda, como si dice: «*Lego a Ticio todo lo que le debo*, para que así se considere pagado», situación en la que, si no se consigue probar la cuantía de la deuda, el legado no producirá tampoco efecto, toda vez que se lega una cantidad inconcreta cuya cuantía será preciso justificar, y cuya justificación coincide con la de la deuda (61). Tampoco los produciría lógicamente el que se ordena en pago de una deuda incierta, como si se dispone «*por si se debía*» (62). Y si para justificar la cuantía de la deuda, a la par que ordena el legado, remite el testador a papeles o documentos privados, como si dice «*lego a Ticio, para que le sirva de pago, la cantidad que resulte deberie al ocurrir mi fallecimiento, según conste en mis apuntes de contabilidad*», parece razonable pensar que la disposición será nula si tales documentos no se ajustan a la forma del testamento ológrafo, conforme al contenido del artículo 672 del C. c.

(59) Cfr. DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 303.

(60) DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 55.

(61) PASTOR RIDRUEJO: *Reconocimiento y legado de deuda*, en «Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al prof. Serrano y Serrano», I, Valladolid, 1965, pág. 730; DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 29.

(62) BORRELL: Op. cit., V, pág. 312 cit.

c) *Legado ordenado «en pago» de una obligación natural.*

Imaginemos ahora que el testador está *naturalmente* obligado para con otro, y ordena por ello un legado a favor de aquél para que le sirva de pago. Esta cuestión, que presentimos más que posible en la práctica jurídica, plantea algunas dudas de construcción que ahora vamos a señalar. Sin embargo, hay que comprender que la problemática que aparentemente encierra esta situación es más a nivel teórico que real, por cuanto rara vez resultará ineficaz tal legado.

Un primer dato a considerar sería el de la inclusión o no de este caso en el contexto del artículo 873 del Código, toda vez que la norma alude al legado hecho a un *acreedor*, y sosteniéndose a veces que en una obligación de este tipo tal acreedor no existe (63), podría decirse que en puridad no cabe hablar de un *legado de deuda natural*. Pero al mismo tiempo, del hecho de que en una obligación de ese tipo la prestación no sea exigible, se deduce que el que la recibe por vía de legado para que le sirva de pago, obtiene una verdadera liberalidad, por cuanto de no ordenarse éste, ninguna otra posibilidad hubiese tenido de exigir su cumplimiento (64). Tales serían nuestras primeras matizaciones.

Realmente, y a un nivel mucho menos teórico, de lo que no cabe duda es de que tal legado habrá de tenerse por perfectamente válido, puesto que aún en el caso de que se llegase a considerar inexistente la deuda en virtud de la cual el testador dispuso la manda, ésta surtiría los efectos deseados por el disponente. Y ello ha de ser así, puesto que si a tenor del artículo 767 de nuestro Código será eficaz el legado de deuda inexistente, a no ser que del propio testamento resulte que tal legado no se habría ordenado de conocer el testador dicha inexistencia (65), con mucha mayor razón habrá de producir efectos en el caso que ahora nos ocupa, ya que, si no civilmente, sí se está obligado en virtud de un deber moral, social o de conciencia. Si haciendo constar una persona en su testamento el deseo de que otra reciba por vía de legado una cantidad de dinero para que así se considere pagado de lo que en vida le debía, y siendo tal disposición plenamente válida aún no habiendo existido aquella deuda, siempre que no resulte del propio documento el error del testador en este punto, con mayor razón habrá de tener validez el legado que se ordena con ánimo de cumplir un deber de aquel tipo, por cuanto se trataría de una

(63) ROCAMORA: *Contribución al estudio de las obligaciones naturales*, R.D.P., 1945, pág. 553; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: *La obligación natural*, Madrid, 1953, pág. 75.

(64) Se sostiene que al poder servir la obligación natural de causa a un pago, el deudor no hace una liberalidad al ejecutarlo, sino que se libra verdaderamente de una deuda. Cfr. JOSERAND: Op. cit., II-1.^o, pág. 572. También ALBALADEJO, en *Curso...* cit., II, pág. 195.

(65) Para una mejor comprensión de lo que aquí se afirma, véase la parte de este trabajo en la que se aborda el estudio del *legado de deuda inexistente*.

atribución patrimonial realizada con causa justa y legítima: tal deber moral, social o de conciencia (66).

En el mismo orden de cosas, podría dudarse acerca de la validez de la manda en aquellas situaciones en las que el testador ordena el legado creyéndose obligado *civilmente* para con el otro, resultando probado después de los propios extremos del testamento que no lo habría ordenado de haber conocido que su «deuda» no era exigible por aquél, por cuanto según el artículo 767 ya citado, podría considerarse el nombramiento de ese legatario viiado por sustentarse en causa falsa. Mas considera Albaladejo, por lo que hace al pago de la obligación natural (67), que resulta inoperante el error consistente en que el *solvens* creyese estar obligado civilmente (de forma que, de haber sabido que lo estaba sólo naturalmente, no hubiese pagado), por cuanto, además de argumentos construidos sobre el Derecho histórico, cabe alegar fundamentalmente que permitiendo la impugnación por tal error, se permitiría deshacer algo ya hecho y que era moralmente debido (realidad objetiva), por la consideración (puramente subjetiva) de que no habría sido hecho de haber conocido la verdad; consideración —dice el autor— que aunque respetable, en principio, aplicada al caso en estudio, llevaría a un resultado injusto. Pero aparte de razonamientos semejantes a éste, no nos parece a nosotros que en situación tal nos encontramos ante la expresión de una *causa falsa* del nombramiento de legatario a las que se refiere aquel artículo, por cuanto cabrá entender como causa verdadera el deber u obligación *natural* de que se trate (68).

Aceptada la validez del legado ordenado en pago de una obligación natural, es preciso detenerse, siquiera brevemente, en el papel que desempeña en este supuesto el instituto de la novación, en cuya virtud manteníamos en líneas anteriores que tenía lugar la completa satisfacción del derecho del acreedor y la correlativa extinción de la deuda, desde el momento en que, acentuado el legado, la primitiva relación obligacional se extinguía mediante dicha novación, sustituyéndose entonces el derecho del acreedor por otro de análogo contenido, nacido del legado. Que esto era así, ya se intentó razonar en su momento.

Pero ahora ocurre que nos enfrentamos con la posibilidad de novación de una obligación natural, que tendrá como consecuencia inmediata el poner en el lugar de ésta una obligación civil: la que nace para el gravado y en favor del legatario. ¿Existe tal posibilidad?

(66) Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, II, 3.^a ed., Madrid, 1982, pág. 133; PACIFICO-MAZZONI: Op. cit., VII, pág. 377.

(67) ALBALADEJO: *Curso...* cit., II, pág. 195.

(68) Cfr., respecto a la validez de los negocios en cumplimiento de una obligación moral, fundamentalmente DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 217 y ss. También MELICH ORSINI: *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*, A.D.C., enero-marzo 1984, pág. 44, nota 67.

Escriben algunos que la novación de una obligación de este tipo, desde el punto de vista de la doctrina y de la lógica jurídica, resulta un paralogismo. ¿Cómo es posible —se preguntan— poner en el lugar de una obligación natural otra nueva? La novación produce el principal efecto de extinguir una precedente relación obligatoria; pero si aquella primitiva obligación carecía de toda fuerza jurídica (salvo la imposibilidad de repetir el pago, una vez efectuado), ¿cómo podría extinguírse? La conclusión sería: nadie puede ser liberado por la novación, desde el momento en que nadie estaba civilmente obligado (69). Para otros, por contra, nada impide que una obligación natural pueda, por vía de novación, convertirse en una obligación civil (70).

Realmente, esta posibilidad no encuentra acogida en nuestro Código civil. La única norma que describe las condiciones que ha de reunir una obligación novada es el artículo 1.208, a cuyo tenor es imposible novar una obligación nula. Pero de nada sirve, puesto que obviamente obligación natural y obligación nula son conceptos distintos. Lo más ajustado parece considerar que, sin duda, a través de un negocio jurídico idóneo, una obligación natural puede transformarse en una obligación civil, como ocurriría ordenando ese legado. Pero no parece acertado pensar que dicho negocio jurídico pueda reputarse como un negocio novativo. En la novación, lo característico es que se extinga una obligación anterior y nazca otra nueva; y que entre la extinción y el nacimiento haya un vínculo causal. Cuando la obligación natural deja de poseer ese carácter para pasar a ser una obligación civil —lo que ocurre en nuestro supuesto— la obligación en cuanto tal nace *ex novo*, y el régimen jurídico de la novación no parece aplicable. Qué duda cabe de que se habrá creado una obligación nueva —la que liga al legatario con el gravado con tal legado— pero ello habrá ocurrido en este caso sin otro fundamento que el mero espíritu de liberalidad del testador que dispuso el legado (71).

d) *Legado ordenado en pago de deuda pluripersonal, o de lo que se deba a una pluralidad de acreedores.*

Interesa también analizar aquellas otras situaciones en las que, de una parte, ordenado el legado, la deuda que con éste pretende extinguirse fuese exigible, no únicamente por ese acreedor favorecido por la disposición, sino que por el contrario, junto a él aparecieran otros como cotitulares del crédito; y de otra, que no

(69) DE GASPERI: *Tratado de las obligaciones*, III, Buenos Aires, 1946, página 129. ALBALADEJO se muestra contrario también a tal posibilidad. Cfr. *Curso...* cit., II, pág. 194.

(70) Cfr., entre otros, JOSSERAND: Op. cit., II-1.^o, pág. 712; POCHINTESTA: *Del Diritto delle obbligazioni*, 2.^a ed., Torino, 1874, pág. 343; y VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, trad. por W. Roces, 1.^a ed., Madrid, 1934, página 149.

(71) Cfr. DE GASPERIS Op. y pág. cit.

fuese el testador el único obligado al pago, por existir a su lado varios codeudores más. En suma, hay que referirse ahora a los supuestos en los que el pago de la obligación sea exigible por una parte acreedora pluripersonal, o que sea debido por una parte deudora también pluripersonal, cuando a uno sólo de esos coacreedores le legue el deudor único, y para que ie sirva de pago, lo debido, o cuando sólo uno de esos varios deudores legue, con el mismo fin, al único acreedor, lo que debían todos ellos.

Premisa básica para la consideración de estos extremos, será el tener presente que la parte pluripersonal de que se trate lo puede ser en régimen de mancomunidad o solidaridad, y que por la propia configuración de los distintos regímenes de una y otra situación, los planteamientos necesariamente han de ser dispares.

Imaginemos, en primer término, varias personas integrantes de una de las partes de la obligación, sometidas al régimen de la mancomunidad. Si esta parte es la deudora (pluralidad de deudores mancomunados), siendo la consecuencia jurídica normal de una obligación de este tipo su conversión en una pluralidad de obligaciones de carácter independiente entre sí, desapareciendo por consiguiente toda idea de actuación conjunta de los titulares, de forma que cada uno de ellos queda liberado pagando la cuota que le corresponde, ocurre que si uno de tales deudores mancomunados ordena un legado en pago de la suya, tal acreedor-legatario quedará satisfecho —caso de que acepte el legado— por lo que a ese deudor respecta, conservando íntegras sus acciones para el cobro de las cuotas que ie han de satisfacer los restantes codeudores.

Si la parte pluripersonal bajo este régimen es la acreedora (pluralidad de acreedores mancomunados), habiéndose de entender dividido el crédito —en una situación normal— en tantas partes iguales cuantos sean los sujetos inicialmente integrados en la titularidad activa de la relación obligatoria, en realidad, cada acreedor estará ligado con el deudor común mediante su propio vínculo, independiente y distinto del que une a éste con cada uno de los restantes acreedores. Por ello, puede ocurrir que ese deudor único ordene en su testamento un legado de lo debido a uno de esos acreedores, por lo que le debe y con la expresa indicación de que así se entienda pagado. Tal acreedor, aceptando el legado, nada podrá ya reclamar en virtud de aquella relación obligacional, conforme a las reglas de funcionamiento en otro lugar expuestas. Los restantes acreedores mancomunados conservarán lógicamente todas las acciones que les correspondían, en concepto de acreedores de la herencia.

Pero puede ocurrir también (seguimos ante un supuesto de pluralidad de acreedores mancomunados frente al único deudor) que el testador-deudor ordene en su testamento tantos legados cuantos coacreedores existan, cada uno de ellos por su cuota y para que les sirvan de pago. Si todos y cada uno de tales coacre-

dores aceptan su legado, aquella primitiva deuda se extingue, pudiendo desde entonces cada cual reclamar el pago al gravado con el suyo. Aceptando unos y repudiando otros, aquella deuda se extinguirá sólo en la parte correspondiente a los aceptantes, y por lo que a ellos afecta, conservando los restantes íntegras sus acciones como acreedores de la herencia.

Atendiendo ahora aí supuesto en el que la parte de que se trate lo sea bajo un régimen de solidaridad, procedamos al análisis de las distintas situaciones que en la práctica pueden plantearse.

Siendo pluripersonal la parte pasiva de la obligación, y teniendo todos esos deudores tal carácter de solidarios, habrá de entenderse, conforme a la regla de normal funcionamiento de la solidaridad pasiva, que cada deudor puede quedar obligado al atendimiento de la totalidad de la prestación, y que el total cumplimiento de cualquiera de ellos conlleva la liberación de los restantes frente al acreedor satisfecho. En este orden de cosas, legando uno de ellos al acreedor común la totalidad de lo debido por todos, y haciendo constar que lo hace para que así se entienda pagado de lo que todos le debían, conforme a la mecánica jurídica ya descrita del legado que nos ocupa, una vez aceptado éste por el tal acreedor común, aquélla primitiva relación obligacional antes existente entre todos los deudores y éste, se extingue por novación (de acuerdo también con lo dispuesto en el art. 1.143 del C. c.), ocupando su lugar una nueva entre aquel mismo acreedor —ahora legatario— y el gravado con la manda; relación ésta que nace en virtud de ese legado.

Pero, cabe cuestionarse ahora: ¿Qué alcance tiene tal disposición testamentaria para los restantes deudores? Como es sabido, y en base a lo dispuesto en el artículo 1.145 del C. c., el pago hecho por uno de esos deudores extingue la obligación, pudiendo éste reclamar a los restantes la parte que a cada uno corresponda, más los intereses del anticipo. Pero tal cosa ocurre, naturalmente, cuando gracias al pago efectuado, la que se extingue es la obligación que soportaban aquéllos varios deudores solidarios. Pero resulta, que tratándose del legado de deuda en esa forma, la obligación primitiva que mantenían todos ellos desaparece (72) en el

(72) Cfr. AZURZA: *Notas sobre novación*, R.D.P. 1950, pág. 603; POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, trad. española, 2.^a ed., Madrid, 1868, pág. 286. Se sostiene que tal cosa ocurre gracias al efecto liberatorio que produce la novación, efecto que es extensivo por aplicación del principio según el cual cada uno de los sujetos solidarios experimenta los efectos favorables consiguientes a la actividad de otro sujeto solidario. Vid. a este respecto, AMORTH: *La responsabilidad del deudor solidario*, Barcelona, 1963, pág. 240. También se alega que tal efecto extintivo en estos casos es indudable, puesto que los restantes codeudores no pueden quedar obligados en la nueva obligación si no han prestado su consentimiento para ello, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.257-1.^o C.c. Vid. en este sentido, PUIG Y FERRIOL: *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, en Libro-homenaje a Roca SASTRE, II, Madrid, 1976, págs. 499-500.

mismo momento en que el acreedor-legatario acepta el legado, renunciando por ello a las acciones que dimanaban de tal crédito, por lo que, en propiedad, no se puede hablar ya de que aquellos codeudores estén obligados con ese acreedor; éste ya no es acreedor de los varios deudores, sino que lo es sólo del gravado con el legado. Y por otra parte, tal gravado con la manda *no es ya codeudor* de los otros, sino deudor único y exclusivo. No parece, por tanto, de aplicación entonces ese artículo 1.145, toda vez que en él se lee textualmente que «el que hizo el pago, sólo puede reclamar de sus *codeudores* la parte que a cada uno corresponda.»

En definitiva, parece acertado pensar que, en este caso, los verdaderamente favorecidos con la disposición son esos otros deudores solidarios con el testador, puesto que quedan totalmente liberados de la deuda, y sin posibilidades por parte del gravado de la reclamación a la que hace referencia ese artículo 1.145 del C. c. ya citado.

No obstante, conviene no olvidar que resulta en todo caso determinante la forma en la que el codeudor-testador ordene el legado, y que muy bien puede hacerlo de manera que refleje claramente que no es su intención liberar a los demás deudores, otorgando así la posibilidad al gravado de dirigirse después, por vía de regreso, contra éstos, al objeto de reclamarles la parte que a cada uno corresponda más los intereses del anticipo, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.145 C. c. En este caso, aceptado el legado por el acreedor, no podría ya actuar contra esos otros deudores en demanda del pago, toda vez que, novada la obligación, su deudor es desde entonces *solamente* el gravado con la manda, con independencia de que, por lo que respecta a las relaciones internas, éste que paga la totalidad de lo debido pueda realizar esa reclamación a la que hace referencia el 1.145, antes mencionado.

Tratándose de una situación en la que la parte sometida al régimen solidario sea la activa, frente a la que exista un único deudor que, al testar, ordena el legado de lo que debe a todos esos coacreedores, el planteamiento ha de ser necesariamente distinto. Dispone en su segundo párrafo el artículo 1.143 de nuestro Código que, caso de novarse una obligación por cualquiera de los acreedores solidarios, responderá éste a los demás de la parte que les corresponde en la obligación. Y ello es absolutamente lógico, puesto que tratándose de solidaridad activa, la novación convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor único —tal y como ocurriría en el supuesto que analizamos— no puede naturalmente surtir efecto con respecto a los otros acreedores. Independientemente de que, si el acreedor legatario acepta el legado, la primitiva obligación se extingue, esos otros acreedores tienen derecho a una determinada prestación, y no sería admisible que ésta desapareciese para ellos a consecuencia de una actividad

efectuada por otro de los sujetos solidarios, y a la cual los demás acreedores han permanecido extraños (73).

Legándose lo debido en el marco de una solidaridad *mixta*, serían de aplicación debidamente combinadas las doctrinas ya expuestas al tratar de la activa y pasiva.

e) *Legado de deuda, en el supuesto de que se ordene en pago de una de las que se extinguen a la muerte del obligado.*

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 661 del C. c., las obligaciones se transmiten *mortis causa* a los herederos o sucesores a título universal de los que las asumieron, formando parte de la herencia, de manera que, como escribe Lacruz Berdejo, en nuestro sistema sucesorio, el heredero es realmente un sucesor en las deudas de su causante, es decir, pasa a quedar vinculado por ellas, a deberlas, frente a los acreedores, y no como un simple responsable por deuda ajena, sino como un deudor obligado a prestar personalmente (74). Tal cosa, que naturalmente responde a una exigencia de seguridad del tráfico jurídico, hace que los acreedores puedan, una vez ocurrido el fallecimiento del deudor, dirigirse contra los herederos hasta lograr satisfacción a sus créditos, conforme a las reglas al efecto contenidas en los artículos 1.082 y siguientes de nuestro C. c. Y ya sabemos también que, ordenado un legado por el deudor con la expresa finalidad de que con él se entienda pagado su acreedor, no podrá ya éste accionar por ese camino para su cobro, caso de que acepte la manda. Pero siempre, y a su conveniencia, puede no aceptar el legado, conservando entonces íntegro su crédito contra los herederos de aquél. De la doble posibilidad que le brinda el artículo 873 elegirá la que un mayor interés le proporcione.

Pero no siempre contará ese acreedor con tal dualidad de alternativas, por cuanto habrá ocasiones en las que, o acepta el legado, o nada podrá reclamar a los herederos, ya que, a pesar de ese principio general de que éstos asumen las obligaciones de sus causantes, representa una excepción el caso de que se trate de obligaciones *personalísimas*, como manifiesta el artículo 659 al señalar que «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», y que el artículo 1.257, en su párrafo primero perfila la idea señalando claramente el alcance de tal disposición al indicar, después de recordar que los contratos sólo producen efectos entre los contratantes y sus herederos, que «salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley».

(73) Vid. AMORTH: op. cit., pág. 248.

(74) LACRUZ-SANCHO: Op. cit., V, pág. 105.

Esas últimas palabras del párrafo primero del 1.257 nos describen, por tanto, cuáles serán esas obligaciones condenadas a extinguirse con la muerte del que las contrajo. Siguiendo en este punto a Ossorio Morales (75), no cabe duda de que el primer supuesto se refiere a aquéllas que son intransmisibles por *su naturaleza*, en cuanto contraídas precisamente en consideración a la persona (*intuitu personae*), de suerte que sólo puedan ser cumplidas por el mismo contratante. Tal sucede, por ejemplo, cuando se ha encargado una obra a una persona en consideración a las circunstancias o aptitudes personales que en ella concurren, cuya obligación de ejecutarla, si él muere, no se transmite a sus herederos (art. 1.595) (76). Tampoco se transmiten a los herederos del deudor las obligaciones nacidas de un contrato cuando expresamente se haya *pactado* así, pacto lícito, de otra parte, si no autorizado por el propio artículo 1.257, además de que, representando el principio general de la transmisibilidad de las deudas a los herederos un beneficio para el acreedor, puede éste renunciar al mismo al celebrar el contrato. Y, en fin, según el indicado artículo 1.257, tampoco se transmiten a los herederos las relaciones obligacionales derivadas del contrato cuando éstas no sean transmisibles por *disposición legal*, esto es, que la propia ley declare expresamente intransmisibles ciertas obligaciones.

En definitiva, piensa Lacruz Berdejo (77) que lo decisivo en orden a la determinación del carácter intransmisible de una obligación, ha de ser el considerar si la actividad exigible del deudor para la satisfacción de las necesidades económicas o sociales que está destinada a satisfacer la relación de deuda concreta, está vinculada a la persona de un concreto obligado, o puede ser realizada por cualquier otro, o sea, si para los objetivos reales perseguidos con la relación de deuda, sigue siendo o no posible una continuación de la actividad debida, por los herederos, de manera que tenga cumplimiento el fin perseguido por los contratantes.

Al hilo de todo esto, puede suceder que el deudor de una obligación de este tipo, ordene un legado a su acreedor con la indicación expresa de que así se entienda pagado de lo que en vida le debía, como si consistiendo la prestación debida en un *facere* en el que la persona del obligado fue determinante en el momento del nacimiento de la relación obligatoria, le lega, con esa indicación expresa, una cantidad de dinero o alguna cosa; o si

(75) *Notas para una teoría general del contrato*, R.D.P., 1965, págs. 1096-1097.

(76) DÍEZ PICAZO, denominándolas en este caso prestaciones de hacer *infungibles*, señala que se extinguen a la muerte del deudor, cuando la persona que ha de prestar su actividad no puede ser sustituida, por cuanto el interés del acreedor sólo puede ser satisfecho si la persona que realiza la actividad comprometida es el propio deudor. En *Fundamentos...* cit, I, página 453.

(77) LACRUZ-SANCHO: Op. cit., V, pág. 38.

habiéndose pactado en su momento la intransmisibilidad de la deuda —a pesar de consistir ésta en la obligación de entrega de una cosa o de cierta cantidad— le lega al acreedor aquella cosa o cantidad debida para que así se considere pagado.

Existirá en estos casos verdadero legado e indudable ánimo de liberalidad, puesto que, de una parte, éste ha de ser válido como tal legado, por cuanto estaríamos frente a una situación semejante a la del legado ordenado en pago de una deuda inexistente (78), ya que su existencia finaliza con el fallecimiento del deudor-testador; y de otra, la verdadera liberalidad se nos mostraría en el hecho de que se ordena sin idea alguna de correspondencia a un derecho del legatario —derecho a exigir que desaparece con el fallecimiento del otro— y también de que, en este caso claramente, supone para él una indudable ventaja patrimonial, ya que o cobra por vía de legado, o se queda sin posibilidad de resarcirse de aquel crédito del que antes era titular.

Naturalmente, su validez estará supeditada a que, de los propios extremos testamentarios, no resulte que el testador-deudor no habría ordenado el legado de haber conocido el hecho de que su muerte suponía la extinción de la deuda, conforme a lo preceptuado en el párrafo primero del artículo 767 del C. c.

f) *Legado de deuda ajena.*

En relación a la posibilidad de legado de deuda *ajena*, o sea, el que el testador ordena para que sirva de pago de lo que otra persona debe al legatario, del tenor literal de las descripciones conceptuales de la mayoría de la doctrina que en algún momento se ha ocupado de la institución que tratamos, cabría deducir su inadmisibilidad, por cuanto en casi todas las ocasiones, emplean los autores términos que hacen pensar en que tal legado se produce cuando el testador lega a un acreedor *suyo* lo que le debe (79), aunque después, ciertamente, alguno de ellos admite esta posibilidad al estudiar concretamente la cuestión.

(78) Nos remitimos de nuevo a la parte de este trabajo en la que analizamos ese caso concreto.

(79) Así, por ejemplo, DÍAZ CRUZ habla de que este legado es el que el testador ordena «... a favor de *su* acreedor», en op. cit., pág. 300; OSSORIO MORALES, que escribe que el testador «...lega a *su* acreedor...», en *Manual...* cit., pág. 394; PUIG BRUTAU, para el que por tal legado «... el testador atribuye por vía de liberalidad lo que ya (*él*) debe al legatario», en op. cit., V-2.^o, pág. 446; SÁNCHEZ ROMÁN, que piensa que éste consiste en el «legado que hace el testador a un acreedor *suyo*», en op. cit., VI-2.^o, pág. 1322; N. STOLFI, para el que por él, el testador «... lega al acreedor aquello que (*él*) le debe», en *Diritto...* cit., VI, pág. 702; VALVERDE, que concluye que es legado de deuda el «... hecho por el testador a un acreedor *suyo*...», en op. cit., V, página 341; y, en fin, VALLET DE GOYTISOLO, que lo define diciendo que se trata del «... legado de lo que el testador ya debía al legatario», en op. cit., I, página 192.

No dudamos nosotros de que la solución afirmativa es la más adecuada, por cuanto existen argumentos convincentes que le sirven de apoyo.

Primero, cabe alegar que, a pesar de que —como ya hemos dicho— en el Derecho romano la validez del *legatum debiti* estaba muy condicionada, tratándose de legar a un acreedor lo que un tercero, y no el propio testador, le debía, su validez entonces era incuestionable (80).

Por otra parte, el propio tenor del artículo 873 de nuestro Código parece admitirlo, pues, habiendo podido muy bien el legislador describir la situación en ésta regulada como la del legado hecho por el testador a *su* acreedor —como se lee en Códigos extranjeros— (81) lo hizo generalizando, al emplear los términos «... a *un acreedor...*», dando cabida así a interpretaciones como la que ahora interesamos. Cabe, entonces, de la lectura literal de la norma, que el acreedor lo sea, no sólo del testador, sino de un tercero o del propio gravado con la manda.

Presupuesto lo anterior, no cabe duda que en ambos casos, esto es, sea el deudor un tercero o el gravado, la disposición representa una verdadera liberalidad a su favor (82), puesto que si es un tercero, le supone el legado la *liberación* de su deuda —naturalmente, siempre que el acreedor lo acepte— y tratándose del gravado, a pesar de que a él mismo correspondería su pago, lo efectuaría, no con sus propios bienes, sino con los de la herencia (83).

No quiere esto decir, como es natural, que el legatario pierda por ello carácter de tal, ya que, según la teoría general del artículo 873, éste es siempre el que recibe el legado hecho en pago del crédito («*el legado hecho a un acreedor...*», dice la norma), lo que significa que, siendo legado de cosa *específica y determinada*, él será el que adquiera la propiedad de esa cosa desde el momento de la muerte del testador (art. 882 C. c.), y siendo de naturaleza *obligacional*, también será el facultado para exigir al gravado la prestación en la que tal legado consista.

Es indudable, además, que tratándose de deuda de un tercero, representa en todo caso para él una ventaja adicional importante, pues no sólo le supone una doble vía por la que alcanzar satisfacción a su crédito, o sea, la posibilidad de cobro gracias al legado o,

(80) D. XXXIV, 3, 3, 5.

(81) El artículo 659 del C.c. italiano se refiere con exactitud al «...legato al *suo creditore...*».

(82) ALBALADEJO: *Comentarios...* cit., XII-1.^o, pág. 197.

(83) Piensa RICCI que en tales casos se hace un doble legado, uno a favor del acreedor y otro del deudor, ya que, normalmente, el legado supone al primero que la suma o la cosa debida le sea ya entregada; y al segundo, la liberación de su deuda, puesto que pagando por su cuenta la persona encargada de prestar el legado, queda exonerado de su obligación, gracias al pago realizado por éste. En op. cit., III, pág. 850.

caso de que no lo acepte, en virtud del primitivo crédito, dirigiéndose entonces en concepto de acreedor del causante contra los herederos de éste, sino que puede así mismo optar entre dos personas distintas contra las que conducir su legítima pretensión: o bien, el primitivo obligado o el gravado con el legado —contra el que podrá accionar aún sin conocimiento del deudor (cfr. artículo 1.205 C. c.)— según repudie o no la manda, lo que hace que aumente de forma palpable su garantía (84).

Podría pensarse que, siendo la deuda de un tercero, el legado ordenado para su pago convierte al gravado desde la muerte del testador en deudor *solidario* junto al principal (85); mas tal cosa no ocurre verdaderamente, puesto que no subsisten a un mismo tiempo ambas obligaciones como tales: la del obligado al pago de la deuda en virtud del legado, y la del obligado en la primitiva relación crediticia, debido a la opción que en todo caso corresponde al acreedor-legatario de aceptar o no el legado; a uno solo de ellos, por consiguiente —deudor o gravado— puede solicitar el pago, según haya elegido entre una u otra, a su conveniencia.

Lo que en ningún caso puede suponer este legado, es un *reconocimiento* de esa deuda de otro, ya que, por razones obvias, tal reconocimiento no corresponde hacerlo sino sólo al deudor (86).

Por último, cabe advertir que no es identificable este supuesto con el legado de cosa ajena, puesto que a pesar de serlo la deuda, no lo será lo legado si la cosa o cantidad en que consista era propia del testador. No siendo así, estaríamos entonces ante un verdadero legado de cosa ajena ordenado en pago de una deuda de otro, rigiéndose, consiguientemente, por las reglas del C. c. contenidas al efecto (arts. 861 y ss.).

g) Legado de deuda inexistente.

Legándose a otro una cosa o cierta cantidad en pago de una deuda que no existe, la disposición será válida y enteramente eficaz, salvo que del testamento resulte que el testador *no* la habría ordenado de haber conocido tal inexistencia (87). Ello ha de ser así por una serie de razonamientos que ahora exponemos.

(84) BORRELL: Op. cit., V, pág. 311.

(85) Así, DERNBURG: *Diritto di Famiglia e Diritto dell'eredità*, Torino, 1905, pág. 431.

(86) ALBALADEJO: *Comentarios* cit., XII-1.^o, pág. 197.

(87) ALBALADEJO: *Comentarios...* cit., XII-1.^o, pág. 196; AUBRY-RAU: Op. cit., VII, pág. 66; BORRELL: Op. cit., V, pág. 312; CAPOZZI: Op. cit., II, pág. 671; DEGNI: Op. cit., II, pág. 48; GARCÍA CANTERO: Op. cit., pág. 804; GIANNATTASIO: Op. cit., II-2.^o, pág. 274; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VI-2.^o, 8.^a ed. revisada y puesta al día por Martínez Calcerrada, Madrid, 1973, página 461; PASTOR RIDRUEJOS Op. cit., pág. 717; ZACHARIE-CROME: *Manuale del Diritto civile frances*, trad. italiana de L. Barassi, IV, Milano, 1909, *Nota 1* de pág. 350.

En primer término, cabe alegar que conforme a nuestro Derecho histórico, *la expresión de una causa falsa no vicia la manda* (88).

También, el tenor del párrafo segundo del artículo 873 C. c., según el cual, legándose más de lo debido, tiene el legatario derecho a cobrar lo que excede de la deuda; lo que conduce claramente a la consideración de que no existiendo ésta, el exceso es el montante *entero* del legado, al que, en consonancia con la disposición aludida, tiene opción el favorecido (89).

Igualmente, una interpretación del artículo 767 de nuestro Código, que indica que la expresión de una causa falsa del nombramiento de legatario, será considerada como *no escrita*, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. Esta es la razón fundamental que permite sostener tal afirmación. Si el citado artículo 767 ha de interpretarse en el sentido de que lo que allí se refleja es el *error-vicio*, o aquel que no se produce en la fase de declaración o manifestación de la voluntad, sino en la de producción o formación de la misma, o lo que es igual, que se declara lo querido, pero eso que se quiere y se declara, se lo quiere por error (90), resulta que ordenándose el legado con la mención expresa de que así se considere el legatario pagado de lo que el testador *creía* que le adeudaba, y resultando del propio documento testamentario tal error, será ineficaz el legado. Pero, por el contrario, si el testador ha indicado *voluntariamente* una deuda inexistente, a sabiendas de que tal deuda nunca ha existido, estamos en presencia de lo que se ha denominado *falsa demonstratio*, consistente en la mención a esa deuda que no existe para encubrir una verdadera y propia liberalidad. Tal legado valdrá entonces como legado, pues se entiende que el testador quiso con él favorecer realmente al legatario. Y ello, aún en el caso en que se indicase este motivo en el testamento, a no ser que se enunciara, por ejemplo, en forma de condición, o que, en todo caso, se dedujese de los términos testamentarios que el disponente quiso hacer depender la eficacia del legado de la existencia del motivo (91).

No existiendo la deuda y ordenándose el legado, y a pesar de la validez de éste en los términos descritos, no puede ya hablarse del efecto novatorio propuesto (92), por cuanto es doctrina general de la novación que difícilmente puede ésta producirse siendo nula o —por razones obvias— inexistente la primitiva obligación.

(88) Leyes 19 («...si por auuentura acaesciere que le non deuiesse ninguna cosa tenuto es el heredero del testador de dar la quantia sobre dicha, a aquell a quien la manda: porque se entiende que gelo quiso dar»), 20 y 21, título IX, Part. VI.

(89) ALBALADEJO: *Comentarios...* cit., XII-1.^o, pág. 196 cit.

(90) Cfr. GORDILLO CAÑAS: *El error en el testamento*, A.D.C., 1983, página 792.

(91) Cfr. AUBRY-RAU: Op. cit., VII, pág. 66.

(92) Cfr. JOSSEMAND: Op. cit., II-1.^o, pág. 712.

Lo dicho igual vale para el caso de que el error recaiga, no sobre la deuda, sino sobre la persona del acreedor, puesto que, en última instancia, si debiéndose una cantidad a determinada persona, se ordena un legado de igual cuantía a favor de otro, y con la expresa indicación ya conocida, estaremos en todo caso ante un legado de deuda inexistente, que habrá de acomodarse consiguientemente a las reglas de interpretación ya aludidas del artículo 767 C. c.

Y lo mismo, tratándose de la hipótesis de una deuda extinguida con posterioridad a la redacción del testamento que contiene el legado, tanto si la extinción se debió a una actividad del propio deudor, como si a la de un tercero. Se hace más incómodo pensar que el propio testador que ha pagado lo que debía —o un tercero, conociéndolo el deudor— pueda incurrir en el error aludido en el 767, ya que muy bien puede después variar el contenido del testamento, haciendo así desaparecer de él la disposición. Pero, debiéndose la extinción a una actividad de tercero desconocida por el testador, parece ajustado sostener la invalidez del legado, porque también esta vez ha decidido disponer por un error sobre el motivo: la subsistencia de la deuda, no sólo al momento de testar, sino también al momento de la muerte (93).

VIII. INVALIDEZ E INEFICACIA DE ESTE LEGADO

Señalábamos ya en otro lugar de este mismo trabajo, distintas situaciones que propician la ineficacia e invalidez de un legado ordenado en pago de una deuda del que lo dispone. Así ocurría cuando la deuda mencionada en el testamento no existía más que en la mente del testador, resultando del propio testamento que la manda no hubiese tenido allí cabida de así haberlo conocido el disponente (art. 767); o se trataba de una deuda condena a extinguirse con el fallecimiento del obligado, si también llegaba a probarse igual error al momento de testar, o adoleciese la disposición de cierta indeterminación respecto al favorecido o su cuantía, etc. Mas nos vamos aquí a detener, siquiera brevemente, en la consideración de unos extremos que de alguna manera puede parecer que afectan al legado ordenado con esa finalidad, cuales son, de una parte, la incidencia del artículo 869 del Código respecto a esta especial disposición, y de otra, la medida en que la perturba una revocación del testamento en el que se contenía la manda.

a) *El artículo 869 del C. c. y el legado de deuda.*

Trata este artículo de las causas de ineficacia del legado, según el cual, quedará el mismo sin efecto caso de que el testador

(93) Cfr. CAPOZZI: Op. cit., II, pág. 672.

transforme o enajene la cosa legada, o si ésta perece del todo, con las salvedades y limitaciones allí enunciadas.

Podría entonces pensarse en un primer momento, y por aquél que sólo tuviese en cuenta la equívoca denominación tradicional de este legado, que la eficacia del mismo está condicionada a que, con posterioridad al testamento, el deudor no disponga de su deuda en alguno de los sentidos reseñados en la norma, esto es, que no modifique la relación obligacional en los términos allí descritos, que no transmita a otro su posición dentro de ella, o no llegue, en fin, a extinguirla en su totalidad, puesto que en tales casos, y por aplicación de lo que allí se dice, habiendo sufrido la deuda alguna de las incidencias previstas, el legado no podría surtir los efectos deseados en su día por el testador.

Pero, claro está, tal cosa sería enteramente cierta si el objeto del legado fuese la deuda, algo totalmente inadmisible como ya se indicó en las primeras líneas. No siendo entonces ese el objeto del legado, y sí la cosa legada en pago de ella, son irrelevantes consiguientemente los avatares por los que aquélla atraviese, siendo por contra determinante que esa cosa legada —naturalmente, cuando objeto de este legado sea una cosa específica y determinada propia del testador, único caso para el que está pensado el citado artículo (94)— no sufra alguna de las situaciones previstas por el legislador. De manera que, por ejemplo, si el deudor después de testar transmite la deuda a otro, en todo o en parte, el legado continuará siendo enteramente eficaz en los términos ya vistos al considerar la posibilidad del legado de deuda ajena, por cuanto si el testador, teniendo posibilidad después de la transmisión al otro de revocar la disposición no lo hizo, ha de entenderse que pretende una verdadera liberalidad para con él en los términos ya descritos; ello, no obstante, salvo que de los propios extremos testamentarios se desprenda que la eficacia de la disposición estaba condicionada a la pervivencia de tal deuda en el propio patrimonio del que la ordenó, supuesto éste en el que sí resultaría ineficaz, conforme a lo ya expuesto con anterioridad al tratar de aquella situación concreta.

Cosa distinta sería que el testador enajenase la cosa legada en pago de la deuda, caso en el que sí resultaría ineficaz la disposición, en virtud del contenido del artículo citado. No obstante, parece razonable pensar que la cláusula testamentaria, que queda sin efecto respecto a la atribución patrimonial que en un principio perseguía, servirá en todo caso como reconocimiento de la deuda que menciona contra los herederos del testador, a los que, si procede, corresponderá la prueba de su inexistencia, invalidez o ineficacia.

(94) Cfr. ALBALADEJO: *El artículo 869 del Código civil*, R.D.P., 1980, páginas 1076-1077.

Y exactamente igual por lo que respecta al pago de la deuda después del testamento y antes del fallecimiento; o también en caso de hacerse imposible su cumplimiento, puesto que como dice Díaz Cruz (95), en materia testamentaria, la voluntad del testador se produce desde que redacta el testamento hasta el momento de su muerte; y si durante ese intervalo, a sabiendas de que la deuda ha dejado de existir no modifica la disposición y la deja intacta, es manifiesto que su voluntad es la de beneficiar al legatario; y en atención a tal voluntad, suprema ley de la materia, debe prevalecer la disposición.

b) *Revocación del testamento que lo contiene.*

Ordenado un legado de deuda y revocado después el testamento o la cláusula que lo contenía, ¿qué valor puede tener para el acreedor aquella disposición ahora dejada sin efecto por voluntad del testador? ¿Subsiste en alguna forma ese legado? ¿Sirve, al menos, como un reconocimiento de la deuda a la que aludía?

Hay que partir de la base de que, como ya se indicó en su momento, entre el legado de deuda y el simple reconocimiento de la misma hecho en testamento existe una diferencia fundamental, cual es, entre otras, que el legado es un acto *dispositivo* mientras que el reconocimiento de la deuda es un acto meramente *declarativo* (96); aunque, eso sí, normalmente la fórmula empleada por el testador contendrá tanto el legado como el reconocimiento. Se puede decir entonces, que existiendo un legado de este tipo, se está reconociendo también la deuda.

Revocado el testamento en su totalidad, o sólo en lo que afecta a tal disposición, naturalmente el legado como tal queda sin efecto. Pero mantiene un sector doctrinal (97) que queda vigente ese reconocimiento como *prueba* de la deuda, puesto que lo que queda ineficaz producida la revocación es —dicen algunos— la parte de liberalidad que el mismo conlleva, pero no aquéllas declaraciones que entrañan reconocimiento de legítimos derechos (Cfr. art. 741 C. c.).

(95) Op. cit., pág. 52.

(96) Cfr. CAPOZZI: Op. cit., II, pág. 671. También, lo dicho en el lugar dedicado con anterioridad a marcar las diferencias entre ambas instituciones.

(97) Cfr. en este sentido, y entre otros, DÍAZ CRUZ: Op. cit., pág. 310; CHIRONI: Op. cit., pág. 423; POLACCO: *De las sucesiones*, I, 2.^a ed., trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1950, pág. 411. Otros parecen negar esta posibilidad, como OSSORIO MORALES, en op. cit., pág. 488, en donde alude a las razones esgrimidas por la doctrina en apoyo de su tesis. El Tribunal Supremo, en sentencia de 11-4-1916 se mostró igualmente contrario a la pervivencia de un reconocimiento testamentario de deuda una vez revocado el testamento que lo contenía.

En definitiva, tal reconocimiento debe considerarse, si no como una *prueba* de la deuda, sí como un principio de prueba; como un indicio más o menos notable de su existencia (98); podría decirse que establece, a favor del acreedor y contra los derechos del testador, presunción *iuris tantum* de su realidad y validez, que posibilitará que el acreedor concurra en la liquidación de la herencia con el carácter de tal (99). Por todo esto, incluso si la deuda a cuyo pago se imputaba el legado no existía, en principio ese reconocimiento tendría igual valor que si aquélla fuese cierta, correspondiendo en su momento a los herederos probar la inexistencia de la misma.

Si se trata de una deuda que soportan varios obligados unidos por vínculos de solidaridad, y ordenando uno de ellos un legado para que sirva de pago del total de lo debido, y si posteriormente el propio testador revoca esa disposición o el documento en su conjunto, el valor que aquel legado ya revocado pueda tener como reconocimiento de la deuda, no alcanza a los codeudores del disponente, ya que, en opinión de Puig y Ferriol (100), la propia naturaleza del reconocimiento de deuda lleva, intuitivamente, a la convicción de su eficacia estrictamente personal con respecto al reconocedor; de manera que, por más que ese deudor solidario reconozca al testar la existencia de una deuda, por más que deciare que la misma afecta solidariamente a diversos obligados, tal declaración vinculará únicamente al reconocedor una vez se deje sin efecto la disposición testamentaria.

(98) DERNBURG: Op. cit., pág. 431. Le atribuye DÍEZ PICAZO el valor de un negocio jurídico de fijación por cuanto siendo objeto de la confesión la admisión de la certidumbre de un *hecho*, debe negarse —dice el autor— naturaleza confesoria a los actos de reconocimiento, cuando tal reconocimiento recae sobre una situación de derecho, por lo que los efectos jurídicos que habrá de producir serán los propios de un negocio de esta categoría. En *La doctrina...* cit., pág. 179.

(99) Cfr. COLIN-CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, anotado por D. De Buen, VIII, Madrid, 1928, pág. 46. No obstante, esta concurrencia no sería en calidad de acreedor privilegiado respecto a los demás. Cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, 1.^a ed., VII, Madrid, 1874, pág. 380.

(100) Op. cit., pág. 472.

La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo

ALBERTO MANZANARES SECADES

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Derecho alemán.—III. Derecho italiano.—IV. Derecho suizo.—V. Derecho francés.—VI. Derecho español.—VII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo parte de la hipótesis de la existencia de una responsabilidad como consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, responsabilidad que llamaremos «precontractual».

Los argumentos que defienden la existencia de tal responsabilidad están expuestos en otro trabajo del autor publicado en esta misma revista y a él nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Se puede afirmar que existen dos grandes supuestos de hecho que han configurado las hipótesis clásicas de responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo.

A) *Supuestos de no conclusión del contrato o negocio jurídico*

En este apartado se pueden incluir:

1. Aquellos casos en los que estando las partes en negociaciones para la conclusión de un contrato, y confiando una de ellas, a consecuencia del desarrollo de las negociaciones y de la conducta y actitud de la otra parte, que el contrato se llevará a cabo, esta última interrumpe y rompe injustificadamente las conversaciones, produciendo de esta forma un daño, que generalmente consistirá en los gastos realizados en vista del contrato para aquella parte que confiaba en su celebración, aunque se discute si se puede considerar también como daño en este caso el lucro cesante constituido por los beneficios dejados de obtener.

2) Aquellos casos en que, produciéndose los mismos efectos que en el caso anterior, la hipótesis no es de ruptura de las negociaciones, sino de revocación de la oferta.

3) Los casos de incumplimiento de la promesa realizada. A pesar de que es evidente que la relación in contrahendo se produce, fundamentalmente, en la preparación de los contratos, específicos negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir en relaciones económicas de índole patrimonial (1) también es cierto que el hecho de realizar una promesa puede producir en el destinatario de la misma la confianza en que tal promesa se cumplirá, llevándole a realizar una serie de gastos y previsiones (2).

B) *Supuestos de anulación, nulidad o inexistencia de un contrato aparentemente válido*

En estos casos ha tenido lugar ya la celebración de un contrato que reviste una apariencia de validez. Sin embargo, cuando una de las partes confía en la ejecución del mismo, el contrato:

- 1) Se anula, a consecuencia de algún vicio en su celebración.
- 2) Es radicalmente nulo: se ha vendido, por ejemplo, una res extra commercium.
- 3) Es inexistente: ha desaparecido o no existía inicialmente la cosa objeto del contrato.

Esta era en definitiva la hipótesis estudiada por Ihering y que le sirvió de base para elaborar una famosa teoría sobre la culpa in contrahendo (3): la existencia de un contrato aparentemente válido pero que sin embargo deviene ineficaz a consecuencia de causas existentes en el período de formación del contrato y que eran o debían ser conocidas por uno de los contratantes. El otro contratante, que confiaba en que el contrato desplegará sus efectos, sufre un daño con su anulación.

Ihering planteaba el supuesto del negocio jurídico que es invalidado a consecuencia del error esencial sufrido por uno de los contratantes, y pone ya de manifiesto la necesidad de exigir a las partes una diligencia in contrahendo.

(1) ALONSO PÉREZ, Mariano: *La responsabilidad precontractual*. «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1970, págs 891 y ss.

(2) Un ejemplo de esta última hipótesis podría ser el expuesto por FULLER Y PERDUE: «Un tío promete a un sobrino 1.000 dólares en concepto de donación. El sobrino decide emprender un negocio, y reservándose la suma prometida para pagar el alquiler, invierte una importante cantidad para la adquisición de mercancía. El tío se niega después a cumplir la promesa, con lo que el sobrino tiene que abandonar sus planes y vender las mercancías almacenadas con una pérdida de 2.000 dólares.

FULLER Y PERDUE: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Bosch, págs. 4 y ss.

(3) IHERING, Rudolph: *De la culpa in contrahendo on des dommages-intérêts en cas de conventions nulles ou restées impartiales*. Oeuvres choisies, tomo II, págs. 1 a 100. Traducción francesa por O. de Meleunaere.

En todos estos casos, la causa de la ineficacia era o debía haber sido conocida por una de las partes en la fase de preparación del contrato: así, por ejemplo, se ha ocultado una causa de invalidez del contrato, que sale a la luz una vez celebrado éste, produciendo su anulación. La otra parte, evidentemente, sufre un daño a consecuencia de la anulación: no podrá cumplir con otros compromisos o contratos que traían causa de aquél, perdiendo así unos beneficios que tenía asegurados; tendrá que soportar los gastos que ha dado lugar la celebración del contrato...

El problema estriba en que la parte que sufre del daño no podrá intentar su resarcimiento con base en el contrato anulado, pues «quod nullum est, nullum effectum producit». El contrato queda, como se ha dicho gráficamente, «aniquilado» (4). Sin embargo, parece claro que esa parte es acreedora de una indemnización que repare el daño ocasionado por la anulación del contrato de la que ha sido causante la otra parte.

Nosotros nos referiremos únicamente a la hipótesis de responsabilidad precontractual en caso de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Y antes de entrar en el estudio del tema objeto de este trabajo, convendría quizá recordar que una parte importante de la doctrina española parece aceptar la idea de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones:

Así, Cossío piensa que: «el hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato». Y continúa: «existe la obligación de indemnizar el interés contractual negativo cuando el contrato no llega a su conclusión debido a causa imputable a una de las partes que intervinieron en el trato» (5). En el mismo sentido se manifiesta también Alonso Pérez (6).

Castán también parece admitir la posibilidad de una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones cuando dice que «si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, es preciso determinar a quién incumbirá pagar los gastos que en el curso de aquéllas se han efectuado o los perjuicios que se hayan producido» (7). Moreno Quesada también parece partidario de esta responsabilidad cuando afirma:

(4) CARBONNIER: *Droit Civil. Les obligations*. Themis, pág. 66.

(5) Cossío: *Instituciones de Derecho Civil I*. Ver también del mismo autor «El dolo en el Derecho Civil Español», 1955.

(6) ALONSO PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 896: «Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial, implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico».

(7) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, 1974, pág. 530, con cita de varios autores.

«será la ruptura unilateral de los tratos preliminares, con ciertas condiciones y requisitos, lo que dará entrada a la posible responsabilidad en que pueden incurrir los interesados» (8).

Por su parte, Díez-Picazo, aún cuando en un primer momento admitía la existencia de una serie de supuestos en los que se podía engendrar una responsabilidad por daños producidos en la confianza (9), no llegaba a reconocer la responsabilidad por ruptura injustificada; sin embargo, posteriormente se ha mostrado partidario de esta responsabilidad en sus últimas obras.

También Espín está a favor de dicha responsabilidad, al decir que «aunque no se llegue a un acuerdo en la fase previa de aproximación de ambas voluntades, pueden, sin embargo, haberse producido determinados gastos realizados en vista a la posible celebración del contrato y originarse alguna responsabilidad para el que rompe los tratos iniciales sin causa justificada (10).

En este sentido se manifiesta asimismo Albaladejo, que cuando, tras preguntarse «¿es posible una responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares?», contesta afirmativamente con las siguientes palabras:

«Ciertamente que, por sí solo, el desistimiento, justificado o no, no puede perjudicar a la otra parte. Pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiera concluido, porque tal conclusión le habría dado su razón de ser (por ejemplo, se hicieron gastos por una parte, viajes, planos de inmuebles, minutazos de peritos tasadores, etc., con vistas a celebrar el contrato). Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los contratos, pueda ser considerada como acto ilícito, está obligado a reparar el daño» (11).

De este muestreo de opiniones en la doctrina española más moderna, pues la doctrina anterior no se ocupó prácticamente del tema (12) parece deducirse la conclusión de una corriente afirmativa de la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos (13), aunque, como tendremos ocasión de estudiar más adelante, se discrepa seriamente en cuanto a su fundamento. Y no resultaría muy aventurado afirmar que tras esas opiniones subyace

(8) MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*, págs. 80 y ss.

(9) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial* I. Tecnos 1972, pág. 190 y en cuanto a sus últimas tesis, ver DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 4.^a edición, Tecnos, págs. 106 y ss.

(10) ESPÍN, *Derecho Civil*, volumen 3.^º, pág. 372.

(11) ALBALADEJO: *Derecho Civil*. Derecho de Obligaciones II, págs. 271 y ss.

(12) Así, MENÉNDEZ PIDAL, en el Apéndice sobre el derecho español a la obra de HILSENRAD «Las obligaciones precontractuales» afirma categóricamente: «en la doctrina española está totalmente abandonada la cuestión relativa a los negocios jurídicos precontractuales», tras revisar las obras de autores como Sánchez-Román, Burón, Valverde, Muscius, Scaevela, Falcón, Navarro Amandi, Gómez de la Senra y Montalbán. Manresa, De Buen, Clemente de Diego.

Vid. HILSENRAD, Arthur: *Las obligaciones precontractuales* 1932.

(13) En contra, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, pág. 254.

en definitiva la idea de que es necesario predicar un comportamiento leal, una lealtad recíproca en las relaciones sociales: que desde que dos partes entran en contacto para la celebración de un contrato se establecen entre ellos ciertos deberes de corrección que deben concretarse en un actuar de buena fe.

Aparece como necesario, por tanto, indicar las normas por las que deberá regularse tal responsabilidad precontractual.

Para ello hay que empezar por determinar si la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo se encuadra en las normas de la responsabilidad contractual, artículos 1.101-1.107 de nuestro Código Civil (artículo 1.218 y siguientes del Código italiano), o si por el contrario se trata más bien de una responsabilidad extracontractual o aquiliana regulada en los artículos 1.902 y siguientes (artículos 2.034 y siguientes del Código italiano), o aún, si se trata más bien de un «tertium genus» (14).

Optar por una u otra de las soluciones apuntadas (carácter contractual o extracontractual de la culpa in contrahendo) comporta consecuencias que, más allá del simple ordenamiento sistemático, implican diferencias que no pueden ser consideradas marginales ni ser infravaloradas (15). Dichas diferencias se pueden resumir de la siguiente forma (16):

1.º) Respecto al tema de la carga de la prueba.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, existe una presunción de culpa en la parte que no ha cumplido con la obli-

(14) Afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que la responsabilidad es contractual siempre que se cumpla este doble requisito: que entre las partes exista un contrato o una relación contractual; que el daño sea debido a incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Frente a ella, la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana se caracteriza por la inexistencia de relación contractual entre las partes y por el hecho de que el daño deriva de la infracción de un deber general de conducta, que dimana del principio «*alterum non laedere*».

Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, pág. 604. En el mismo sentido POLACCO: *Le obbligazioni*, 2.^a ed., p. 394; PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, vol. II: *Dei contratti in generale*, Padova, 1936, página 189 y ss.

Como veremos más adelante, el caballo de batalla de la discusión entre los partidarios de las teorías contractuales, y los de las extracontractuales a propósito de la culpa in contrahendo se centra en decidir si la relación establecida entre las partes en conversaciones preliminares es ya una relación obligatoria o si por el contrario, los deberes precontractuales que pesan sobre las partes en ese período no son más que una consecuencia del genérico deber del «*naeminem laedere*».

(15) Ver en este sentido Cossío: *Instituciones de Derecho Civil I*, pág. 265.

(16) Para referencias sobre los caracteres distintivos entre responsabilidad contractual y extracontractual, ver ALONSO: *op. cit.*, pág. 896 y ss; CARNELUTTI: *Sulla distinzione fra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, en «Riv. dir. comm.», 1912, II, p. 7754; TOSCANO: *Responsabilità civile*, en «Riv. dir. civ.», 1956, pág. 237 y ss.; AZZARITI: *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en «Riv. dir. civ.», 1959, II, pág. 469; PLANOL-RIPERT-ES-

gación impuesta por el contrato, presunción que sólo cede cuando el deudor demuestra que la violación de la obligación no le es imputable (17). En cambio, en la responsabilidad aquiliana tal presunción no existe, y quien pretende el resarcimiento del daño debe demostrar la responsabilidad de aquel que se afirma es el autor del acto ilícito y causa directa del daño, según el principio general de que quien sostiene una pretensión debe aportar la prueba de la misma (18).

Las consecuencias en orden a la responsabilidad precontractual son claras e importantes: si se aboga por la solución contractual la parte que alegue que su contrario ha violado los deberes precontractuales de buena fe en el período de la formación del contrato y reclame por ello una indemnización, no tendrá sino que probar la violación y el daño producido. Mientras que si decidimos su carácter extracontractual, la parte dañada deberá además probar que la violación de la obligación precontractual ha sido producida por dolo o culpa de la otra parte.

2.º) *Respecto al quantum del resarcimiento.*

Si se piensa que la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo es contractual, a la hora de fijar el montante de la indemnización jugará el artículo 1.106 de nuestro Código, así como la limitación impuesta por el 1.107 en cuanto al resarcimiento de los daños imprevisibles, que solamente son indemnizables cuando ha existido dolo en la actuación de la parte que incumple.

Por contra, en el campo de la responsabilidad aquiliana no existe límite alguno para el resarcimiento del daño imprevisible,

MEIN: *Traité pratique de droit civil français*, París, 1952, pág. 154; H. y L. MAZEAUD y TUNC: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, París, 1957, pág. 147 y ss.; RODOTA: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

(17) En derecho español, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia dominante, basadas en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de ésta, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183. Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema*, cit., pág. 248. Y lo mismo ocurre en el ordenamiento italiano, en el que el artículo 1.218 del Código civil establece que «el deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso han sido determinados por la imposibilidad objetiva de la prestación derivada de causa que no le es imputable».

(18) En nuestro ordenamiento, y en línea de principio, es el actor o demandante que sufre el daño quien tiene que probar la culpa del demandado. Esto es, para que prospere una demanda de daños y perjuicios, el demandante tendrá que probar que ha sufrido un daño, y que el demandado fue culpable, de manera que si no se puede demostrar con exactitud la producción del daño y la eventual culpabilidad del demandado, la demanda no prosperará. (No obstante, esta idea hay que entenderla con ciertas reservas, puesto que en materia de culpa extracontractual, la legislación y la jurisprudencia han experimentado una importante evolución hacia una responsabilidad más objetivada).

que será debido por tanto, independientemente del dolo o la culpa de quien ha provocado la lesión (19).

(En derecho italiano juegan las mismas reglas para el resarcimiento en virtud de los artículos 1.223 y 1.225).

3.º) Respecto a la prescripción de la acción.

En esta materia, la distinción entre la adopción de una u otra solución se acentúa. Así, en nuestro derecho, el plazo de prescripción de las acciones personales, que es el que correspondería si fuera responsabilidad contractual, sería de quince años (artículo 1.964), mientras que el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad aquiliana es de un año (artículo 1968, 2.º).

(En el derecho italiano, estos plazos son respectivamente de diez y cinco años, artículos 2.946 y 2.947 C. c.).

Veamos a continuación cuál es el estado de esta cuestión sobre la naturaleza de la culpa in contrahendo en la doctrina de los distintos países.

II. DERECHO ALEMÁN

Hay que partir de la obra de Ihering. Fue este autor el que inauguró realmente las tesis contractualistas. (Recordemos que la hipótesis central de Ihering era la de un contrato que devenía nulo por vicios existentes en el período de formación del contrato e imputables a una de las partes). «La circunstancia de que jurídicamente el contrato no desplegará efectos —dice Ihering—, nos llevaría necesariamente al campo del daño extracontractual, por lo que no podríamos sino referir nuestra acción de daños y perjuicios a la *actio de dolo* o a la *actio legis Aquiliae*» (20). Pero ni una ni otra tenían una aplicación clara al caso que planteaba Ihering, pues la primera sancionaba una conducta engañosa, y la segunda presuponía daño a personas o cosas. «Por ello —continúa Ihering—, si es absolutamente imposible conectar nuestra demanda de daños y perjuicios a los casos citados de daño extracontractual, no queda otra solución sino renunciar completamente a la idea del carácter extracontractual de esta responsabilidad y reconocer que es literalmente imposible justificar esta idea, o bien ver si, a pesar de la nulidad del contrato, existe algún medio de vincular nuestra demanda a la responsabilidad contractual».

E Ihering descubre que determinados textos romanos (21)

(19) SCOGNAMIGLIO: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en «Noviss. Dig. it.», V, Torino, 1957, pág. 673.

(20) IHERING: *De la culpa in contrahendo*, cit., pág. 23.

(21) Se trata de los casos de venta de una *«res extra commercium»*, de venta de una herencia inexistente: los textos romanos son los siguientes:

L. 62 S 1 de Contr. emt. (18-1) (Modestino): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur.

acuerdan una responsabilidad contractual aún en caso de contrato nulo. «La existencia de una *actio empti* en los casos de venta de una *res extra commercium* o de una herencia inexistente significa —dice Ihering—, que la demanda de daños y perjuicios se basa en una solución contractual».

A esta argumentación de Ihering se podría objetar que si «*quod nullum est nullum effectum producit*», y por hipótesis estamos ante un supuesto de contrato nulo, no podrá nunca derivarse de dicho contrato una obligación, siquiera sea de indemnizar daños y perjuicios.

A esto responde Ihering afirmando que aún cuando es cierto que la nulidad de un contrato trae consigo la no producción de efectos, sin embargo, el otorgamiento por los textos romanos de una *actio empti* demuestra que el contrato ha producido «algunos» efectos: «La expresión nulidad, correctamente empleada, no puede tener sino un sentido restringido. Designa no la ausencia de todos los efectos, sino solamente de algunos efectos. El fin de todo contrato es la ejecución. Su efecto, por tanto, consiste en la producción de una obligación de ejecutar. Si ahora, a causa de la falta de una condición necesaria, este efecto queda excluido, si de esta manera el fin verdadero del contrato falta, lo denominamos nulo, y determinamos las nociones de validez y de nulidad según el fin principal del contrato. Pero esto no impide que el contrato no pueda producir obligaciones de otra especie, tanto más cuando éstas no se dirigen a la ejecución sino por ejemplo a la restitución de la cosa donada, las arras, los daños y perjuicios. El hecho de que la cosa tenga la cualidad de *extra commercium* excluye necesariamente la posibilidad de ejecución, pero no la de otra obligación derivada de ese contrato. Las partes han consentido, concurren todas las demás condiciones del contrato a excepción de la capacidad del objeto. ¿Por qué entonces este contrato no puede producir entre las partes una obligación desde el momento en que ésta no tiene por objeto la prestación del objeto mismo? (22).

En definitiva, Ihering defiende el carácter contractual de la

S 5 *Instituta de emt. et venit* (3-23): (*Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit*) quae tamen si PRO PROFANIS VEL PRIVATIS deceptus a venditore quis emerit, HABEBIT ACTIONEM EX EMTO, quod non habere ei liceat, UT CONSEQUATUR quod sua INTEREST DECEPTUM MONESSE. Idem iurisest, si hominen liberum pro servo emerit.

En uno de los casos de que se trata, el edicto del Pretor había acordado una acción particular:

L. 8 S 1 de relig. (11-7) (Ulpiano): Si locus religiosus propuro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in cum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae *actio et in heredem competit*, cun QUASI EX EMPTO actionem contineat.

El segundo caso (venta de una herencia inexistente), está tratado en las L. 18 y 9 de hered. vend. (18-4):

L. 8 (Javolenus) ... si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et SI QUID IN EAM REM IMPEMSUM EST, ovitor a venditore consequatur L. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.

(22) IHERING: *Op. cit.*, pág. 28.

culpa in contrahendo, en base a los textos romanos citados, y piensa que la conclusión de un contrato no crea solamente una obligación de ejecutar, sino también, según las circunstancias, una obligación de reparar el daño, cuando la ejecución se ha hecho imposible. La expresión «nulidad» de un contrato, designaría solamente la ausencia de este efecto y no la de todos los efectos en general (23).

Pues bien, así como Ihering inauguró las tesis contractualistas, puede afirmarse que la doctrina contractualista ha sido dominante en Alemania.

Los autores alemanes definen la relación constituida entre los sujetos durante el período de formación del contrato como «relación de fiducia de carácter quasi contractual» (*vertragsähnliches Vertranensverhältnis*), o como «relación obligatoria ex lege» (*gesetzliches Schuldverhältnis*), y por tanto afirman que la violación de una obligación que derive de tal relación da lugar a responsabilidad precontractual (24).

Sin embargo, es curioso constatar que, como señala Piotet (25), inicialmente en Alemania la solución era la contraria: en efecto, la solución adoptada por la doctrina germana en el primer decenio siguiente a la entrada en vigor del BGB consistía en considerar la responsabilidad precontractual como delictual. Pero pronto se pudieron constatar las lagunas que tal solución ofrecía, y ello por-

(23) Es interesante la explicación que da ALONSO al otorgamiento por dos textos romanos de una acción contractual en los casos de venta de una res extra commercium o de una herencia inexistente. Dice este autor que tal otorgamiento de acciones contractuales tiene su origen en los bizantinos, y la explicación sería que aquéllos se propusieron someter la responsabilidad in contrahendo a las reglas de la responsabilidad contractual en homenaje a la idea de que las partes deben observar el imperativo de la buena fe desde el momento en que se relacionan para formar el contrato. Y, ligados formalmente al principio clásico de la tipicidad de acciones, no encuentran otro medio que no sea extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato. Vid. ALONSO PÉREZS *op. cit.*, pág. 897, con cita de HELDRICH: *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im Klassischen römischem Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, págs. 40 y 57.

En definitiva, de ello lo que parece deducirse es que frente a una necesidad como era la de exigir a las partes la observancia de la buena fe en el período de formación del contrato, el formalismo del derecho clásico, con su sistema basado de acciones, obligó a acudir a la responsabilidad contractual para justificar la culpa in contrahendo.

(24) BENATTI: *La responsabilità pre contrattuale*, Milano, 1963, con cita de autores alemanes en pág. 122. En este mismo sentido dice ALONSO (*op. cit.*, pág. 897) que es frecuente entre los autores alemanes pensar que las negociaciones preliminares instauran una «relación de confianza semejante a la contractual». Así por ejemplo, HAMBURGER. Por el solo hecho de invitar a las negociaciones, piensa STOLL que surge un acto jurídico unilateral creador de obligaciones contractuales. O se estima que las negociaciones preliminares originan relaciones jurídicas obligatorias *ex lege* (BLOMEYER). En idéntica dirección, los partidarios de la doctrina del «contacto social».

Para todos, con referencias bibliográficas, ver Alonso, pág. cit.

(25) PIOTET, *De la culpa in contrahendo en droit privé Suisse*. Berna, 1967, pág. 33 y ss.

que a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los sistemas legislativos europeos, el derecho alemán no conoce una noción amplia del delito civil (correspondiente, por ejemplo, al artículo 1.902 de nuestro Código, o al 2.043 del Código italiano o al 1.382 del francés), sino que se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación (por ejemplo, los parágrafos 823 y 826 del BGB). Por ello se puede afirmar que la razón última de que en Alemania sea acogida casi sin reservas la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo es que las normas sobre el ilícito extracontractual contenidas en el código alemán sólo excepcionalmente ofrecerían a la parte que sufre un daño durante las «*trattative*», la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño: el primer apartado del parágrafo 823 BGB es inutilizable, al establecer que «quien intencionadamente lesiona la integridad física, la vida, la libertad, o cualquier otro derecho de otro está obligado al resarcimiento del daño». Ni se puede recurrir al segundo apartado de la misma disposición, donde se equipara a la violación del derecho de un sujeto la violación de una norma cuyo fin es proteger tal sujeto (26). En el parágrafo 823 BGB están rigidamente tipificadas las fuentes de la responsabilidad civil y entre ellas no se mencionan la inobservancia de los deberes de aviso o información en que se basa el ilícito precontractual (27).

Los pasos que ha seguido la doctrina alemana para llegar a esta construcción, a través de una lenta y fatigosa elaboración, son expuestas por Benatti de la siguiente forma:

1.) Se afirmó primero la teoría según la cual la responsabilidad por violación de un deber precontractual tendría su raíz en el contrato sucesivamente concluido. Máximo exponente de esta teoría fue Franz Leonhard para quien las conversaciones preliminares formaban un todo unitario con la conclusión del contrato, es decir, pertenecían a la «*fattispecie*» negocial.

(26) Consciente de tales limitaciones, DERNBURG propuso extender el campo de aplicación del 823 a toda la lesión de «cualquier derecho», lo que corresponde al sentido literal de las palabras «o cualquier derecho de otro». Otro método había consistido en interpretar ampliamente la noción de «ley protectora de una persona», del 823-2., asimilando a la ley en sentido estricto las reglas formuladas por la jurisprudencia para completarla, lo que permitiría consagrar prácticamente a noción general de «acto ilícito». (Ver DERNBURG: *Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preu Bens*, 1902, I, 130 II).

No obstante, afirma PIOTET, ni la doctrina alemana —salvo DERNBURG— ni la jurisprudencia de aquel país tuvieron suficiente «audacia» para adoptar, o al menos considerar uno de esos sistemas, y prefirieron acudir a las soluciones contractuales.

(27) Aparentemente se había podido aplicar el parágrafo 826 BGB, según el cual «quien intencionadamente daña a otros de modo contrario a las buenas costumbres, está obligado respecto a éstos al resarcimiento del daño». Pero puesto que los ilícitos ex 826 BGB se sancionan únicamente en caso de dolo, la responsabilidad precontractual sería admitida solamente en los límites del derecho romano clásico.

Sin embargo, esta teoría no explicaba cómo en caso de que el contrato fuese posteriormente anulado se producía el efecto de la responsabilidad con base precisamente en el contrato nulo.

2.º) Manifiestamente insostenibles son para Benatti las Hafungsgeschäfts-theorien. En una primera manifestación se ha afirmado que las «trattative» constituyen una «relación contractual de carácter preparatorio», lo que no deja de ser una ficción. Posteriormente, Stoll defendió una teoría que partía de la calificación de la obligación como «Organismus», que nacería con la invitación a tratar. La conclusión del contrato comportaría una anotación no ya de la relación obligatoria como «Organismus» (que ya estaría creada), sino sólo de los elementos formales que lo componen.

Esta tesis ha sido criticada por no explicar por qué motivos la invitación a tratar debe ser considerada como hecho constitutivo de una relación obligatoria, y no tiene en cuenta que la relación precontractual está encaminada a la preparación del contenido de un contrato, y por eso se extingue en el momento en que se alcanza el acuerdo.

3.º) Actualmente, sostiene Benatti, se acogen, sin ninguna reserva las Rechtstheorien, de acuerdo con las particulares relaciones constituidas entre los sujetos en la fase de las trattative, y que tienen por finalidad la conclusión del contrato, se constituyen en fuente de una relación obligatoria de la que surgen obligaciones de información, custodia y conservación. En las trattative, se dice, las partes no están en la situación de «no» relación que caracteriza la responsabilidad extracontractual, sino que se trata de verdaderas y propias relaciones que se desenvuelven en el ámbito de una normativa privada.

Estas últimas ideas no son para Benatti absolutamente convincentes en cuanto que no puede considerarse decisivo que exista un «contacto» entre dos esferas de intereses para que nazca una relación obligatoria, pues también a efectos de la responsabilidad aquiliana, ligada a la violación del genérico deber de «alterum non laedere» es siempre necesario un contacto que someta la esfera de intereses de un sujeto a la concreta posibilidad de ingerencia por parte de otra persona (28).

En resumen, podemos afirmar que en la doctrina germana predomina de forma clara la tesis contractual en cuanto a la naturaleza de la culpa in contrahendo. Sin embargo, en nuestra opinión, la doctrina de aquel país se ha visto forzada a esta solución debido a la imposibilidad de acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual: en el caso de Ihering, por el rígido formalismo del derecho clásico, que con su tipicidad de acciones (*actio legis Aquilae* y *actio doli*) impedía dar respuesta a los problemas planteados por la exigencia de la buena fe en el período de la formación del contrato, lo que llevó a aquel autor a construir una res-

(28) BENATTI: *Op. cit.*, págs. 123-125.

ponsabilidad basada en el contrato, para solucionar así las necesidades prácticas. En el caso del derecho actual, la ausencia de una noción general de acto ilícito hace que no se puedan encajar en las normas concretas que para la culpa aquiliana dispone el BGB muchos de los supuestos en que puede existir culpa in contrahendo.

III. DERECHO ITALIANO

Veamos a continuación cómo se ha planteado el tema en el derecho italiano.

Bajo la vigencia del Código civil italiano de 1865 examinar el estado de la cuestión parece superfluo (29) pues aquel código carecía de una norma expresa de alcance general a la que pudiese reconducirse el tratamiento de la responsabilidad precontractual. Y ante el silencio de la ley, la prácticamente totalidad de la doctrina hablaba de culpa extracontractual, porque el vínculo jurídico se había demostrado desde el comienzo inexistente entre las partes, «in seguito» a la declaración de nulidad o de anulación del acto (30).

Por su parte, la jurisprudencia de aquel país no deja lugar a dudas, mostrándose decididamente orientada, antes y ahora, a conceder naturaleza aquiliana a la culpa in contrahendo. Así, dicen Loi y Tessitore, es común la afirmación de que: «... la responsabilidad derivada de la violación del deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones preliminares es de índole extracontractual» (31).

Queda totalmente aislada una decisión de la Corte de Apelación de Venecia, que, en clara contraposición a la tesis dominante, afirma que «no es culpa aquiliana la que genera la responsabili-

(29) En este sentido se manifiesta DISTASO: *Op. cit.*, tomo I, pág. 247.

(30) Ver en este sentido VERGA: *Errore e responsabilitá nei contratti*, pág. 100 y ss.; PACIFICI MAZZONI: *Istituzioni diritto civile*, 1886, IV, n. 54, pág. 85; POLACCO: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2.^a ed. Roma, 1915, pág. 509 y ss.; DE RUGGIERO: *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano, 1931, págs. 125 y 126; BARASSI: *Sulla responsabilitá per inadempimento delle obbligazioni*, en *Archivio Giurídico*, LXII (1889), págs. 485-486; BERIO: *La «culpa in contrahendo», l'errore e la invaliditá del negozio giurídico*, en *Foro it.*, 1933, I, 1515.

(31) Ver citadas por los referidos autores: Cass., 20 julio 1947, en Rep. Foro it., 1943, V. Obbl. e contr., n. 148. App. Roma, 20 mayo 1955, en Mass. app. binit. civ. 1955, p. 72, Cass. 5 mayo 1955, n. 1259, en Giur. compl. Cass. civ. 1955, III, p. 492, con nota en contra de MENGONI: «*Sulla natura della responsabilitá precontrattuale*».

Es interesante la sentencia del Trib. Rossano, de 5 de julio 1952, en Temi, 1952, p. 467, con comentario a favor de esa tesis de G. GRECCO: *Formazione di contratto nullo e responsabilitá precontrattuale*. En dicha sentencia se falló un caso en que habiéndose celebrado entre las partes un contrato verbal era necesario documentarlo por escrito para que el acto fuera válido. Una de las partes, después de haberse comprometido a documentar el acuerdo verbal, se niega a ello, por lo que el contrato no es válido. El tribunal afirma que esta actuación viola el artículo 1.337 del Código italiano, y que tal responsabilidad es de origen extracontractual.

dad en la fase de las negociaciones, sino contractual, porque deriva de la violación específica de los deberes impuestos por la ley en la fase precontractual».

Los argumentos que emplean los defensores de la tesis extracontractual son fundamentalmente los siguientes:

1.) La violación del principio genérico de la buena fe no es sino una violación del asimismo principio genérico del «alterum non laedere» que encuentra su fundamento «en un contacto de carácter social entre dos esferas contiguas de intereses, independientemente de que se instaure una relación jurídica entre una y otra parte» (32). De hecho, se afirma por estos autores, en el comportamiento de quien lesiona la obligación de corrección están incluidos los caracteres propios del «fatto illecito»: se trata, por tanto, de un comportamiento doloso o culposo, que causa un daño a otro y genera una obligación de resarcimiento (33).

2.) El artículo 1.337 es una norma desprovista de sanción y, por tanto, debe encontrar su integración en la disposición de carácter general del artículo 2.043, regulador de la culpa extracontractual (34). Señalamos que los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano son los que han servido a la jurisprudencia y doctrina de aquel país para fundamentar en un texto legal la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, ya sea en la hipótesis de una ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (artículo 1.337) como en la hipótesis de conclusión de un contrato que luego deviene nulo o inválido (art. 1.338).

Art. 1.337: Las partes, en el desenvolvimiento de las conversaciones preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe.

Art. 1.338: La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

3.) La responsabilidad precontractual se muestra como una manifestación de la culpa aquiliana porque las negociaciones preliminares no son idóneas para hacer surgir entre los sujetos interesados un vínculo jurídico en sentido estricto.

Este argumento ha sido sobre todo mantenido por Calusi, que pensaba que «el concepto de culpa contractual no parece poder aplicarse a cualquier vínculo obligatorio constituido entre las partes, incluso si deriva de la ley o de los quasi-contratos, sino exclusivamente a las obligaciones «ex contractu», como por otra

(32) Así, CALUSI: *In tema di trattive e responsabilità precontrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1956; VERGA: *op. cit.*, pág. 120.

(33) Vid. Cass. 10 mayo 1950, pág. 1205, Foro it. 1950, I, 1307, en el mismo sentido, MIRABELLI: *Dei contratti in generale*, pág. 80; OSTI: *voce «contratto»* en Noviss. dig. it. IV (1959), págs. 514 y 515.

(34) PUGLIATTI: *Voce Autoresponsabilità*, en Enc. dir. IV, Milano, 1959, pág. 460.

parte la denominación «culpa contractual» induce a pensar (35).

Olvida Calusi, como señala acertadamente Benatti, que la doctrina hace tiempo que llegó a la conclusión de que por responsabilidad contractual se debe entender la responsabilidad conectada al incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea el hecho del que la obligación derive, y no por tanto de una obligación que tiene su fuente en un contrato.

4.º Si de la violación de la obligación impuesta por el artículo 1.337 se derivase una responsabilidad contractual, correspondería al demandado destruir la presunción de culpa a su cargo: y como en el artículo 1.337 «culpa» equivale a «mala fe», esto querría decir que aquél tendría contra él una presunción de mala fe, lo que constituiría una singular excepción al principio general según el cual la mala fe no se presume nunca (36).

Frente a este argumento, Mengoni ha sostenido que tal interpretación es evidentemente arbitraria. Desde el punto de vista exegético, dice este autor, queda desmentida ya por el artículo 1.338, que constituye una aplicación indiscutible del artículo 1.337. La mala fe puede existir en la hipótesis de conocimiento de la causa de nulidad del contrato, mientras que el artículo 1.338 admite la responsabilidad también en las hipótesis de ignorancia inexcusable de dicha causa de nulidad (37).

Hasta aquí hemos examinado, en líneas generales, los argumentos de la doctrina que sostiene el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual, doctrina que ha venido siendo mayoritaria en Italia, con el apoyo de la jurisprudencia.

Sin embargo, Alonso (38), al estudiar este tema, ha puesto de manifiesto como últimamente se observa un giro importante en algunos autores frente al criterio tradicional (39): existe la opinión de que el principio de la buena fe objetiva consagrado en la fase preliminar por el artículo 1.337 del Código civil italiano presupone en todo caso un vínculo especial obligatorio: hay un deudor y un acreedor. Y se piensa que tal precepto consagra una auténtica responsabilidad contractual. La obligación de comportarse confor-

(35) CALUSI: *op. cit.*, pág. 486. En el mismo sentido, ROTONDI: *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pág. 369.

(36) FORCHIELLI, en *Giur. it.* 1949, I, 1, 297. A esta misma conclusión llega CALUSI cuando escribe que «en el art. 1.337 culpa equivale a mala fe». *Op. cit.*, pág. 487.

(37) MENGONI: «*Sulla natura della responsabilitá precontrattuale*», *cit.*, pág. 363.

(38) ALONSO PÉREZ: *Op. cit.*, pág. 899 y ss.

(39) Defienden la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo en el derecho italiano, entre otros, Mosco: *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, en «*Giur. cass. civ.*», 1947, III, pág. 431 y ss.; LOI y TESSITORE: *Buona fede e responsabilitá precontrattuale*, *cit.*, pág. 107 y ss.; DE CUPIS: *Il danno*, *cit.*, pág. 48 y ss.; BENATTI: *La responsabilitá precontrattuale*, *cit.*, pág. 115 y ss.; MENGONI: *Sulla natura della responsabilitá precontrattuale*, *cit.*, pág. 360 y ss.; SCOGNAMIGLIO: *Contratti in genelitá precontrattuale*, *Foro it.*, 1954, I, 1100; DISTASO: *Le obligazione in generale*, *cit.*, I, pág. 247 y ss.

me a la buena fe tiene su fuente en el hecho de iniciar las conversaciones preliminares, hecho con aptitud, igual que los contratos y los actos ilícitos, para engendrar obligaciones. El daño ocasionado por incumplir tal obligación puede designarse como «*contractual*» en cuanto dicha denominación comprende cualquier acto lesivo productor del incumplimiento de obligaciones, bien tengan éstas su génesis en el contrato o en otra fuente.

Y en efecto, estudiando la citada corriente doctrinal, se comprueba, como apuntaba acertadamente Alonso, que el punto central para decidir si la responsabilidad precontractual es de carácter aquiliana o de carácter contractual está en considerar si el período de formación del contrato y de negociaciones preliminares es un simple contacto entre los futuros contratantes sin particular relevancia jurídica o si por el contrario hay algo más y se puede considerar dicho período como fuente de una relación obligatoria especial.

Así, Loi y Tessitore afirman que la alternativa entre contractual y extracontractual en la culpa in contrahendo tiene como núcleo la necesidad de dar una precisa calificación jurídica al período de las negociaciones preliminares, por lo que hay que ver si el contacto social que se establece entre los futuros contratantes puede o no ser definido como fuente de una obligación (40). En el mismo sentido, Benatti revisa la exactitud de las opiniones favorables a la naturaleza extracontractual preguntándose si el «contacto social» establecido entre las partes en negociaciones no puede ser considerado como fuente de una relación obligatoria (41). Y Mengoni piensa que para llegar a la conclusión de que la responsabilidad precontractual pertenece al sistema del artículo 2.043 (equivalente a nuestro 1.902), sería necesario demostrar que la relación entre dos o más sujetos dirigida a la formación de un contrato no es considerada por el artículo 1.337 como hecho constitutivo de una relación obligatoria coordinada al específico interés de protección de cada una de las partes en su trato con la otra (42).

En este sentido, es interesante la argumentación que realizan Loi y Tessitore para llegar a la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo, sobre todo porque toman en cuenta principalmente la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones, haciendo hincapié en las nociones de «affidamento» y «justa causa» de ruptura (43).

Estos autores parten de la base de que el contacto social que se instaura entre los sujetos en negociaciones para el contrato, no puede, a priori y globalmente ser definido como fuente de una obligación o de una relación obligatoria en sentido estricto. Y ello en base a que, sin poner en duda la necesaria relevancia jurídica

(40) LOI y TESSITORE: *op. cit.*, pág. 114.

(41) BENATTI: *op. cit.*, pág. 123.

(42) MENGONI: *op. cit.*, pág. 361.

(43) LOI y TESSITORE: *op. cit.*, pág. 107 y ss.

que hay que atribuir a tal contacto social no se puede afirmar, *sic et simpliciter*, que la sola aplicación del principio de buena fe a este período, presuponga la existencia de un vínculo obligatorio (44).

Un atento análisis, por contra, del desenvolvimiento de las relaciones existentes entre los sujetos envueltos en las negociaciones, dicen Loi y Tessitore, pone en evidencia a través de las progresivas modificaciones de las recíprocas posiciones de las «partes», la gradual transformación del simple contacto social en una relación (*sui generis*, si se quiere), que precisa dos esferas de intereses contiguas y contrapuestas. Después de una fase inmediatamente inicial, en la que de hecho el único elemento cierto viene dado por el encuentro (más o menos casual) de dos esferas de autonomía independientes entre sí —y que, a nuestro juicio sería la fase en la que no intervendría el derecho—, aparece, con el continuo intercambio de propuestas y contrapropuestas, una más intensa especificación de aquel contacto social del que hablábamos.

De esta forma, y a medida que se van desarrollando las negociaciones, la nueva situación, que se va así concretando, adquiere perfiles más netos y precisos que adquieren su máxima expresión en el momento en que, en uno de los futuros contratantes, y por obra de una actitud inequívoca del otro, surge una *razonable confianza* sobre la conclusión del contrato para el que se iniciaron los tratados preliminares.

La estrecha interdependencia que ha actuado, en el plano subjetivo, entre las distintas esferas jurídicas, inicialmente autónomas y distintas, se constituye, por tanto, en presupuesto para que surja, en el plano objetivo, un nuevo y concreto interés a la conclusión del contrato, susceptible de tutela y relevancia jurídica en cuanto motivado y legítimo. Y la existencia de este interés viene a delimitar el ámbito de ejercicio del derecho de la contraparte, en el sentido de que, a aquel que con su comportamiento ha contribuido objetivamente a que naciera en la otra parte la confianza en la conclusión del contrato no le viene ya concedido «*suo iure uti*» (por ejemplo: ruptura), sin tener en cuenta la relevancia que ha adquirido el interés (tutelable) ajeno.

En resumen: la confianza, en un contexto semejante, se califica como elemento primario, idóneo y suficiente para constituir un vínculo (*ex lege*) entre sujetos determinados cuya inobservancia no puede dejar de encontrar tutela en el ordenamiento jurídico (45).

(44) En contra, Mengoni, que afirma tajantemente que «cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social se ha transformado, desde el punto de vista jurídico, en una relación obligatoria».

(45) Para superar legítimamente la nueva situación de hecho aparece como necesario a fin de no incurrir en responsabilidad, la presencia de una justa causa, es decir, en definitiva, la presencia de otro interés legítimamente más tutelable.

En su discurso, Loi y Tessitore parecen aceptar las ideas de Bigliazzi

La confianza y la justa causa de ruptura son pues, para Loi y Tessitore, el fruto de una gradual transformación cualitativa del originario contacto social y aparecen como imprescindibles elementos de juicio para efectuar una valoración global de la nueva relación constituida y al mismo tiempo de la exigencia de tutela de la citada relación. Que dicha relación se pueda calificar de peculiar es algo innegable, pero también es innegable que durante las «trattative» viene a crearse un vínculo entre sujetos determinados «en el cuadro de intereses patrimoniales que son la materia del contrato (eventual) y respecto a la prestación de un contenido relevante para la satisfacción de las pretensiones de la otra parte» (46).

En nuestra opinión, y a los efectos de este trabajo, no cabe duda de que los argumentos de Loi y Tessitore son sugestivos; máxime cuando afrontan directamente la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones.

Creemos, en efecto, que es interesante resaltar cómo el primitivo contacto entre dos personas para concluir un contrato puede ir intensificándose a lo largo de las negociaciones y siempre en base a las actitudes de las partes hasta llegar un momento en que ya no se puede sostener que por el hecho de que no se haya obtenido un acuerdo contractual no existan unos intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico.

Si algo hubiéramos de alegar a lo expuesto por Loi y Tessitore sería que las consideraciones realizadas sobre «confianza» y «justa causa» son exactas en cuanto al tema del interés protegible, pero pensamos que no son determinantes para concluir si la responsabilidad es contractual o extracontractual. La existencia de una «confianza» (en la conclusión del contrato) y de una «justa causa» (para romper las negociaciones) será necesaria para decidir si hay o no responsabilidad precontractual, pero no aporta ninguna luz para resolver la cuestión de si dichas responsabilidad es contractual o extracontractual. Por lo demás, si afirmáramos que existe una relación obligatoria porque en el período de formación del contrato ha habido «buena fe» y «confianza», estaríamos creando una nueva fuente de las obligaciones, no prevista ni en el artículo 1.173 del Código italiano, ni en el 1.089 del nuestro. Y sólo se puede sostener que existe una relación obligatoria porque la ley, en el artículo 1.337 del Código italiano impone a las partes la obligación de comportarse de buena fe. En definitiva, la justa causa de ruptura y la confianza en la conclusión del contrato son presupuestos de la existencia de una responsabilidad precontractual, y no criterios decisarios sobre la naturaleza de la misma.

Otro autor que defiende la característica de contractual para

GERI sobre el interés más tutelable en el tema de la ruptura de las negociaciones. Vid. LINA BIGLIAZZ GERI: *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo*, pág. 251 y ss., Milano, 1967.

(46) SCOGNAMIGLIO: *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pág. 675. En el mismo sentido, ver DISTASO: *op. cit.*, pág. 217 y ss.

la culpa in contrahendo es Francesco Benatti (47), que expone a favor de su tesis los siguientes argumentos:

1.º) La buena fe en el sentido del artículo 1.337 es una buena fe objetiva, que históricamente surge y se desarrolla en el ámbito de las relaciones obligatorias. Y haciendo suya una idea ya manejada por Mengoni (48), Benatti afirma que «cuando una norma jurídica somete el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, es un índice seguro de que aquella relación se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido «si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede».

2.º) El carácter de las obligaciones que encuentran su fuente en el artículo 1.337 impide toda referencia al sistema de la responsabilidad aquiliana. De hecho, las expresiones comunes en la doctrina y en la jurisprudencia «alterum non laedere», «naeminer laedere», «dovere di comportarsi diligentemente», indican, evidentemente, la finalidad negativa de los deberes derivados de la regla del artículo 2.043 (nuestro 1.902). Sin embargo, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe en el artículo 1.337 tiende a «promuovimento» y al «soddisfamento» de las expectativas de un determinado sujeto, y por tanto se diferencian de las originadas en el artículo 2.043, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno.

3.º) Los deberes que encuentran su fuente en el artículo 1.337

(47) BENATTI: *op. cit.*, pág. 126 y ss. Antes de exponer sus argumentos sobre la característica contractual de la culpa in contrahendo, este autor hace referencia a otros argumentos «menores» que también se manejan en la doctrina italiana. Así, piensa, no se puede extraer ninguna conclusión del hecho de que el artículo 1.337 esté colocado en la sección relativa al «acuerdo entre las partes», pues tal colocación se debe al hecho de que es en la fase de las «trattative» donde afloran los intereses tutelados por la regla de la buena fe, por lo que en ningún otro sitio la norma estaría mejor colocada.

Tampoco es muy relevante para BENATTI la afirmación de que, interpretada en términos de responsabilidad aquiliana, la norma del 1.337 se reduciría a una repetición del deber de no lesionar los derechos de los demás consagrada por el artículo 2.043.

A favor del carácter contractual de la culpa in contraendo han afirmado autores como STOLFI y MESSINEO que si la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual es coincidente con la distinción entre violación de deberes absolutos y violación de deberes relativos, la fórmula del artículo 1.337 indicaría que el deber previsto en la mencionada norma es calificado como obligación inter partes, es decir, como obligación relativa. Sin embargo, este argumento no parece decisivo, pues una autorizada doctrina (vid. NATOLI: *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, en «Riv. dir. e proc. civ.», 1958, pág. 26) ha puesto de relieve que la buena fe presidiría el ejercicio de los derechos reales y de los derechos de crédito, abarcando por tanto todo el campo patrimonial, y viiniendo así implícitamente a admitir la exigencia de un deber absoluto de comportarse de buena fe en el ejercicio de toda actividad con eficacia en la esfera jurídica de un tercero.

Sobre los argumentos expuestos por BENATTI para mantener el carácter contractual de la culpa in contrahendo, vid. en nuestro derecho ALONSO PÉREZ: *op. cit.*, pág. 901 y ss.

(48) MENGONI: *op. cit.*, en «Riv. dir. comm.», 1956, II, p. 362.

presentan los caracteres típicos de la «obligazione», en la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). En efecto, dichos deberes impregnán de manera precisa el comportamiento de un sujeto respecto de otro, que a su vez espera de esta conducta una satisfacción de su interés.

4.) En el derecho italiano, en la venta de una cosa específica, la obligación de comunicar los vicios ex artículo 1.494-2.^o surge en la fase anterior a la conclusión del contrato, mientras que en la venta de cosa genérica aquella obligación nace después de la estipulación del negocio y deriva del principio establecido en el artículo 1.175 (49). Por tanto, si la responsabilidad derivada de la inobservancia de un deber precontractual de aviso constituyera una forma de ilícito aquiliano, se determinaría una fractura en el sistema, en cuanto que la violación de un deber de información, ligado al desenvolvimiento de una relación contractual, da ciertamente lugar a responsabilidad derivada del artículo 1.218, y por tanto, contractual (50).

Junto a estos argumentos, Benatti recuerda cómo ha sido una constante entre los escritores conectar la fase de las negociaciones a la disciplina de la buena fe contractual. Así había ocurrido ya en derecho justiniano, cuando la *actio doli* fue sustituida por la *actio ex contractu*. O en el siglo XIX cuando Windscheid afirmaba que el comportamiento desleal *in contrahendo* constituía una violación del principio de buena fe. O, en fin, los autores alemanes, que faltos de una norma general como el artículo 1.337, aplican a la actividad precedente a la conclusión del contrato la regla del parágrafo 242 BGB, prevista para el cumplimiento de las obligaciones (51).

Con argumentos de toda índole ha defendido también la tesis contractualista Mengoni (52). Sostiene este autor que el argumento fundamental para los defensores de la naturaleza contractual de

(49) El artículo 1.494-2.^o del Código italiano establece: «el vendedor debe también resarcir al comprador los daños derivados de los vicios de la cosa».

Y el artículo 1.175 dice: «el deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección».

(50) BENATTI compara también el artículo 1.337 con los artículos 1.710-ap. I.^o, 1.768-ap. 2.^o y 1.718 in fine para establecer la conexión entre la disciplina de la culpa *in contrahendo* y el artículo 1.218.

(51) No obstante lo expuesto, BENATTI reconoce que tal dirección doctrinal, derivaba de una inexorable exigencia de lealtad y honestidad en el desenvolvimiento de todas las relaciones sociales, está destinada a seguir siendo letra muerta hasta que los ordenamientos positivos no se adecúen a aquella exigencia. De hecho —y conviene tenerlo muy en cuenta por lo que respecta a nuestro derecho— la buena fe no puede constituirse, en ausencia de una previsión normativa expresa, en fuente de un comportamiento obligatorio. Sobre esta base piensa BENATTI que no resulta muy convincente la concepción según la cual el parágrafo 242 BGB tendría valor para las negociaciones preliminares, cuando, de hecho, su ámbito resulta limitado a la sola fase de cumplimiento de la prestación.

(52) L. MENGONI: *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. «Rivista diritto commerciale» 1956, II, pág. 360 y ss.

la responsabilidad por las violaciones cometidas durante las negociaciones preliminares es de orden literal: la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe y en particular la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato están formuladas en el artículo 1.337 como obligaciones inter partes, esto es, impuestos a una o más determinadas personas (una parte) en su relación con otra u otras determinadas personas (otra parte): no se trata por tanto de un deber absoluto, sino de una obligación relativa que, en cuanto responde a los requisitos del artículo 1.174 del Código Civil (53) constituye una relación obligatoria (54).

Junto a ello, Mengoni arguye las siguientes razones en apoyo de su tesis:

1.º) Con la norma del artículo 1.337 el legislador de 1942 ha impuesto el imperativo de la buena fe en la fase de las «*trattative*» y de la formación del contrato, y esto implica que las obligaciones recíprocas de que habla el artículo 1.175 surgen ya en esta fase en función del específico interés de protección de cada parte frente a la otra, en cuanto que, a través de la relación instaurada en las negociaciones surge la posibilidad de ingerencia dañosa en la esfera jurídica de la contraparte. Además, el principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor (56).

2.º) El segundo argumento, de orden sistemático, surge de la exigencia, impuesta por el dato del ordenamiento positivo, de una construcción unitaria de la responsabilidad por las violaciones cometidas en el desenvolvimiento de las negociaciones o en el período de la formación del contrato. El principio del artículo 1.337 tiene un alcance muy amplio: es cierto que este principio inspira los artículos 1.338 y 1.398, pero también es cierto que al mismo se vinculan las normas de los artículos 168-3.º, 798, 1.578, 1.812 y 1.821, en los cuales la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe en la etapa formativa del contrato se traduce en la obligación de comunicar al destinatario de la entrega de la cosa, objeto de ciertos contratos, los vicios de la misma. Ahora bien, la

(53) El artículo 1.174 del Código italiano establece: «la prestación que forma objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica, y debe corresponder a un interés, incluso no patrimonial, del acreedor».

(54) En este mismo sentido, vid. DE CUPIS, *Il danno*. Milano, 1946, págs. 50 y 51; STOLFI: *In tema de responsabilità precontrattuale*, en «Foro it.» 1954, I, 1101.

(55) Coincide con Mengoni, Benatti, cuando afirma: «que el principio del artículo 1.337 deriva de aquel sancionado en el artículo 1.175 está probado no sólo por los precedentes históricos sino también por la parcial identidad de contenido de las dos normas, y en especial, por su identidad de «ratio»: ambas disposiciones presuponen un contacto entre dos esferas de intereses, que exige de las partes una actitud particularmente cuidadosa y correcta dirigida a evitar eventos dañosos, así como una colaboración para llegar al fin al que tienden: finalidad que en el artículo 1.337 viene dada por la conclusión del contrato, y en el artículo 1.175 por una mejor realización del resultado que se proponen conseguir a través de la relación contractual».

(56) En el mismo sentido, siguiendo a MENGONI, vid. ALONSO PÉREZ, op. cit., pág. 900.

casi unánime doctrina (57) reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la obligación de declarar los vicios. Y entonces, razona Mengoni, no se comprende por qué la violación de la regla del artículo 1.337 daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto de que después no se concluya el contrato, mientras daría lugar a responsabilidad contractual en el caso opuesto: si único es el principio directivo de estas normas, de igual naturaleza debe ser, en todo caso, la responsabilidad conexa. Por ello, añade este autor, todas las obligaciones de comunicación inherentes a la fase de las negociaciones y de la formación del contrato, se re conducen a un único principio, el principio de la buena fe precontractual fijado en el artículo 1.337: por tanto, si en relación a la violación de las obligaciones de comunicación de los vicios de la cosa, la ley dispone el tratamiento de la responsabilidad contractual, el mismo tratamiento corresponde también a las obligaciones de comunicación de las causas de invalidez o ineeficacia del negocio o de las circunstancias que conducirán a la no conclusión del contrato para el que se desarrollan conversaciones preliminares.

Junto a estos autores citados, no han faltado en derecho italiano quienes piensan que la culpa in contrahendo constituye un tertium genus de responsabilidad. Se explica que haya autores que se hayan decantado en esta dirección porque, se ha señalado, que «se puede concluir que el problema relativo a la naturaleza de la culpa in contrahendo no puede todavía considerarse definitivamente resuelto: afirmar con convicción extrema que la introducción del artículo 1.337 del Código en nuestro ordenamiento ha disipado todas las dudas al respecto, determinando de plano el encuadramiento de la citada responsabilidad en el campo de las obligaciones extracontractuales, o por el contrario, optar incondicionadamente por la naturaleza contractual de la misma, significa no dar espacio, ni siquiera a nivel puramente teórico, a un estudio crítico sobre la indudable innovación que supone aquella norma» (58).

Así, Bigliazzi Geri aparece orientada en esta dirección cuando afirma que «la violación del artículo 1.337 puede hacer pensar, entre ciertos límites, en un tipo de responsabilidad del todo particular (59). Esta autora conecta la resolución del problema a la concreción del momento en que viene a crearse la confianza: anteriormente al nacimiento de esta última, la violación del principio de buena fe constituye una «fattispecie» típica del ilícito

(57) Con la excepción señalada por MENGONI de PLANOL-RIPERT (*Traité élémentaire de droit civil*, II, París, 1952, n. 2895), para quienes la obligación de resarcir impuesta al comodante que ha callado los vicios de la cosa conocidos por él, confirmaría una responsabilidad extracontractual basada en el dolo.

(58) LOI y TESSITORE, op. cit., pág. 119 y ss.

(59) BIGLIAZZI GERI: *Contributo ad una teoria del interesse legitimo*, cit. pág. 247 y ss.

extracontractual; surgida la confianza, sin embargo, y en presencia de una relación intersubjetiva, la disciplina de la nueva relación constituida viene a encuadrarse en lo dispuesto en el artículo 1.218 (60).

R. Sacco, en su trabajo «*Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenzza*» (61) parece defender la consideración de la culpa in contrahendo como un «*tertium genus*», cuando afirma que «se ha conectado a los artículos 1.338 y 1.398 del Código la figura, ya perfilada por la doctrina y allí definitivamente reconocida, del ilícito consistente en la conclusión de un contrato inválido: el legislador considera esta figura de ilícito distinta, tanto del ilícito contractual como del aquiliano». En efecto, dice Sacco, el legislador, regulando expresamente los excesos del representante (artículo 1.498 C. c.) dictando disposiciones para los casos tasados en que la revocación o la limitación del mandato no son oponibles al tercero de buena fe (artículo 1.396, 2.206 y 2.207 C. c.), protegiendo al tercero que entra en contacto con el «*falsus procurator*» a través de la facultad del artículo 1.393 C. c. (facultad de exigir que el representante justifique sus poderes y que entregue una copia de los mismos si son por escrito), y sobre todo, dictando el canon fundamental sobre el conocimiento de las causas de invalidez del negocio jurídico, ha mostrado querer regular el campo de todos los ilícitos consistentes en concluir un contrato inválido mediante disposiciones expresas y escritas, sin dejar un campo demasiado amplio a la iniciativa de los intérpretes.»

Sin embargo, estas opiniones favorables a la consideración de la culpa in contrahendo como un «*tertium genus*» no han tenido mucho eco, porque se ha puesto de manifiesto por la mejor doctrina que la expresión «responsabilidad contractual» y «responsabilidad extracontractual» no son sino fórmulas que resumen una determinada disciplina normativa, y por tanto, la teoría del «*tertium genus*» debería llegar a sostener que la culpa in contrahendo está sujeta a normas propias y autónomas, conclusión ciertamente inexacta (62).

(60) Respecto a esta argumentación, que pone el acento en la confianza para decidir si la culpa in contrahendo es contractual o extracontractual, se podrían oponer las razones alegadas anteriormente a LOI y TESSITORE de que el nacimiento de la confianza podrá ser un criterio determinante de la existencia o no de la responsabilidad precontractual, pero nunca de la naturaleza de la misma. Además, con esa construcción, BIGLIAZZI GERI rompe con el criterio unitario sobre la responsabilidad precontractual mantenido por los autores (ver en este sentido MENGONI, op. cit., pág. 362, y BENATTI, op. cit., pág. 15).

Y lo mismo se podría decir respecto a TRIMARCHI (*Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, pág. 209 y ss.), que atribuye doble naturaleza a la responsabilidad precontractual, en cuanto que mientras la violación del artículo 1.337 C. civil conduciría a una responsabilidad aquiliana, dada la generalidad de la obligación en él prevista, la inobservancia de la obligación específica de información sancionada en el artículo 1.338 implicaría responsabilidad precontractual.

(61) R. SACCO, op. cit. en *Riv. diritto comm.* 1951, pág. 82 y ss.

(62) BENATTI, op. cit., pág. 116; LOI y TESSITORE, op. cit., pág. 109.

Esta opinión parece acertada, a nuestro juicio, pues ya hemos visto antes las importantes consecuencias que tiene la decisión de considerar esa responsabilidad como contractual o extracontractual en orden a la carga de la prueba, extensión del daño resarcible, personas responsables, etc.

Por ello la consideración de un «*tertium genus*» puede ser admisible a nivel dialéctico, o como una expectativa de *lege ferenda*, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la culpa in contrahendo como contractual o extracontractual.

IV. DERECHO SUIZO

Con relación al derecho suizo, Piotet, en su documentado trabajo, concluye que el carácter de la culpa in contrahendo es el de la responsabilidad aquiliana (61). Este autor piensa fundamentalmente que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas. Y dice que las teorías según las cuales los deberes precontractuales se crean por un acto jurídico son insostenibles y no han tenido nunca apoyo alguno en derecho suizo (64).

Para Piotet el ordenamiento jurídico prohíbe esencialmente dos tipos de actos: los que violan obligaciones nacidas de los contratos o de otros actos jurídicos a cargo de las partes, y los que violan deberes generales, universales, que afectan a toda persona situada en una situación determinada.

Y como la mayor parte de las legislaciones modernas, el derecho suizo conoce una noción general del delito civil, una noción general de acto ilícito: así el artículo 41 CO establece que «*tout acte dommageable fautif oblige à la réparation s'il est contraire au droit*».

Por tanto, continúa Piotet, la responsabilidad contractual es la regla especial, y la aquiliana, la general: así pues, todo acto prohibido que no constituya la violación de una verdadera obligación preexistente es un acto ilícito en el sentido del artículo 41 CO. De ahí deduce Piotet que, puesto que en derecho suizo la responsabilidad precontractual no reposa sobre un acto jurídico (en el sentido de creador de obligaciones), no puede ser sino delictual.

Es interesante el enfoque de este tema en el derecho suizo, pues se aleja tanto del derecho alemán como del derecho italiano,

(63) P. PIOTET: *Culpa in contrahendo en droit civil suisse*. Berne, 1963, pág. 28 y ss.

(64) Ello, al menos con referencia al derecho suizo, es cierto. PIOTET examina la teoría de FAGGELLA (que afirmaba que por el hecho de entrar en negociaciones las partes se obligan a comportarse leal y correctamente la una frente a la otra y de STOLL (para quien la entrada en negociaciones es un acto jurídico unilateral que crea obligaciones de diligencia), para concluir que en ambos casos la existencia de un acto jurídico del que se derivarían relaciones obligatorias no deja de ser una ficción.

que consideran ambos —aunque por distintas vías— a la culpa in contrahendo como un supuesto de responsabilidad contractual.

En efecto, a diferencia del derecho alemán (y de la misma forma que el derecho español) el ordenamiento suizo cuenta con una noción general de ilícito civil, suficientemente amplia como para albergar las diferentes violaciones del deber de «alterum non laedere». Con ello desaparece la razón que llevó a los autores alemanes a forzar los términos de la construcción y entender el ilícito precontractual como una forma de responsabilidad contractual. Y por otro lado, al mismo tiempo el derecho suizo carece de unas normas como las de los artículos 1.337 y 1.338 del Código italiano, que imponen taxativamente la obligación de comportarse de buena fe en el período de formación del contrato, lo que facilita el argumento para demostrar que ahí existe ya una obligación *ex lege*.

Ante esta situación, con una norma como la del artículo 41 CO, y a falta de una regulación expresa de la culpa in contrahendo, no puede extrañar que en el marco del ordenamiento suizo sean reconducidos a la responsabilidad aquiliana los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares y de conclusión de un contrato inválido por vicios existentes en el período de formación del contrato.

V. DERECHO FRANCES

Por lo que respecta al ámbito del derecho francés, hay que señalar que el tema de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo no ha sido nunca objeto de excesiva atención por parte de la doctrina: a consecuencia de ello, el tema de la naturaleza de dicha responsabilidad se encuentra en una absoluta nebulosa, y de los pocos autores que lo han estudiado, la mayoría lo han hecho con referencia al supuesto del contrato que resulta nulo a consecuencia de vicios existentes en el período de su formación (esto es, la hipótesis de Ihering).

Así, Savatier, cuando estudia los deberes existentes entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato, niega que exista responsabilidad a consecuencia del «refus injuste» de contratar, y afirma que, en principio, la libertad de no contratar es completa.

Tan sólo se plantea este autor el tema de la responsabilidad en sede de retirada de la oferta —advirtiendo que la jurisprudencia es muy pobre en este sentido—, por ejemplo, en caso de oferta realizada con una duración determinada, y piensa que en este caso, si el tribunal obligara al retractante a pagar una indemnización, tal responsabilidad sería delictual, y basada en el artículo 1.382 del Código civil francés (65).

(65) RENE SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile en droit français*. París, 1951, tomo I, pág. 145 y ss.

Por su parte, Lalou afirma que no puede haber responsabilidad contractual cuando el daño se ha causado en el período precontractual, y considera como casos de culpa extracontractual reconducibles al artículo 1.382 los supuestos de revocación de la oferta y de responsabilidad en caso de contrato nulo (66).

Planiol y Ripert se muestran en principio contrarios a la admisión de una responsabilidad por ruptura de las negociaciones. La necesidad práctica de asegurar a las partes en conversaciones una completa libertad de examen y de decisión hasta el momento de la oferta y la aceptación hace, piensan estos autores, que sólo pueda haber responsabilidad cuando haya existido una «faute». Y habrá «faute», por ejemplo, si el autor de la ruptura había permitido a la otra parte hacer trabajos, gastos, etc., sin tener en realidad intención de contratar (67). Es de señalar que estos autores no hablan para nada de culpa in contrahendo en estas hipótesis, ni se refieren al tema de la naturaleza de esa eventual responsabilidad.

Ripert y Boulanger admiten la teoría de la culpa in contrahendo en supuestos de anulación de contrato (no así en caso de ruptura injustificada de las negociaciones). Piensan que esta responsabilidad es de origen extracontractual, contrariamente a lo que afirmaba Ihering, y señalan que la construcción del autor alemán trataba de remediar la falta de un principio general de responsabilidad en el derecho romano, pero que dicha responsabilidad tiene cabida perfectamente en el derecho francés en el artículo 1.382 (68).

Una opinión igual a la de Ripert y Boulanger sostienen Weill y Terre, que admiten la responsabilidad en caso de nulidad de un contrato, pero rechazan la tesis contractualista de Ihering por considerarla una ficción y encuadran esta responsabilidad en el artículo 1.382.

Tampoco estos autores hacen referencia al caso de ruptura injustificada de las negociaciones (69).

Jean Carbonnier, en cambio, sí se ocupa del tema de las negociaciones preliminares, y se pregunta si las «pourparlers» no crean ya entre las partes una cierta relación jurídica, de la que derivan obligaciones, tendentes no ya a la ejecución del eventual contrato, sino a la conducta a desarrollar en las mismas negociaciones, a lo

(66) HENRI LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*. París, 1962, pág. 275 y ss.

(67) Así, en el caso de la Sentencia de 4 de enero de 1937 en Rev. des Soc. 1937, 117: una persona que, en un proyecto de creación de sociedad debía ser administrador estatuario, se retira de la operación, obligando a rehacer la publicidad. Cit. por PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, tomo VI, Obligations. París, 1952, pág. 155.

(68) RIPERT y BOULANGER: *Tratado de Derecho Civil*, tomo IV. «Las obligaciones», parte 1.º, pág. 454.

(69) ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRE: *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, pág. 369. Remarcen estos autores que la jurisprudencia francesa no ha admitido nunca el concepto de interés negativo para medir la extensión del daño.

que contesta afirmativamente, afirmando que existe entre las partes el deber de abstenerse de toda maniobra desleal y de informarse mutuamente de todas las circunstancias determinantes para la conclusión del contrato.

Y, ¿cuál es la fuente de dicha responsabilidad? Carbonnier no lo explica de forma clara, pues sostiene que cuando el contrato ha sido concluido, la ley parece ligar al mismo la responsabilidad por las faltas que hayan podido cometerse en el período preparatorio (por ejemplo, la disimulación o la negligencia precontractual del vendedor que ha vendido una cosa defectuosa está sancionada contractualmente por el sistema de garantía, artículo 1.626).

¿Pero y cuando el contrato no se ha llegado a celebrar? En este caso, dice Carbonnier, se puede justificar también la tesis contractualista de Ihering, suponiendo un antecontrato tácito por el cual las partes se garantizarían mutuamente lealtad y cooperación en las negociaciones; o un quasi-contrato de negociaciones, a menos, dice este autor, que se prefiera reconocer abiertamente la existencia de obligaciones legales y, por tanto, de responsabilidad delictual (70).

Para Saleilles, la responsabilidad en este caso no reposa sobre la idea de culpa, ni sobre la idea de un compromiso tácito, puesto que las partes no están aún vinculadas. Para este autor esta responsabilidad está basada en la idea de garantía, implícita en el hecho de la aquiescencia voluntaria: se trata en suma, de una manifestación unilateral de voluntad que comporta una garantía eventual.

Garantía de que, al haber consentido a las negociaciones, ambas partes se comportarán de acuerdo con la equidad comercial y la buena fe, y garantía de que ese consentimiento implica que las conversaciones deben seguir su curso hasta una oferta definitiva, a no ser que intervenga antes un motivo justo de desacuerdo.

Pero Saleilles es consciente de que esas ideas son a un nivel teórico, y reconoce que «si se quiere plantear la cuestión sobre el terreno del derecho positivo, y no en el de las reformas legislativas, es difícil encontrar en las legislaciones nacidas del Código francés, como el Código italiano de 1865, un fundamento legal a la obligación de comportarse correctamente y de buena fe en el período de formación del contrato. Y no hay otras obligaciones legales que las netamente admitidas por la Ley» (71).

Por su parte Joanna Smichdt señala que las opiniones más recientes critican la tesis contractualista de Ihering y se inclinan por pensar que la conducta contraria a la buena fe en el período de formación del contrato no puede ser considerada sino desde la óptica de una responsabilidad delictual. E igual opinión mantiene la escasa jurisprudencia sobre el tema, que ha dicho por ejemplo:

(70) JEAN CARBONNIER: *Droit civil, Les obligations*, Thémis, pág. 66.

(71) SALEILLES: *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une nouvelle étude sur la matière*, «Rev. Trim. Droit Civil» 1907, pág. 725 y ss.

«La promesa engañosa de celebrar un contrato puede, sin obligar contractualmente al promitente, constituir una «faute» delictual» (72).

Y en el ámbito del derecho belga, Henri de Page rechaza la existencia de una responsabilidad en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, afirmando que éstas tienen que tener lugar bajo la égida de la libertad. Sí admite, por el contrario, la responsabilidad en las hipótesis de contrato nulo, a las que otorga naturaleza delictual, rechazando la tesis contractualista de Ihering, de quien piensa que se vio obligado a admitir semejante consecuencia por los moldes del derecho común basado en el derecho romano (73).

VI. DERECHO ESPAÑOL

Por lo que al derecho español se refiere, y a falta de una normativa concreta, la doctrina que ha admitido la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones ampara su consagración fundamentalmente —dice Alonso—, en la responsabilidad por hecho ilícito, tal como se recoge en el artículo 1.902 del Código Civil (73 bis).

De esta opinión se muestra, por ejemplo, Moreno Quesada, para quien las ventajas de encuadrar esta responsabilidad en el artículo 1.902 —sobre todo limitar la exigibilidad de indemnización sólo a los casos en que resulte realmente justificada, evitando así desorbitar su verdadera función, pues de otro modo resultaría contraproducente al retraeer a los posibles contratantes por temor a incurrir fácilmente en esa responsabilidad— superan a sus inconvenientes, centrados sobre todo en la excesiva extensión de los daños a reparar, aunque esto puede ser paliado por la prudente intervención de los Tribunales que conozcan de los casos planteados (74).

Por su parte, Albaladejo admite con ciertos límites esta responsabilidad, cuando afirma que «ciertamente, que por sí sólo, el desistimiento justificado o no, no puede perjudicar a la otra parte». Pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiese concluido, porque tal conclusión le había dado su razón de ser. Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser

(72) JOANNA SCHMIDT: *La sauction de la faute precontractuelle*, «Re Trim. Droit Civil» 1974, pág. 49 y ss.

(73) HENRI DE PAGE: *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles, 1964, pág. 541 y ss. Por su parte, RENE DEKKERS: *Précis de droit belge*, tomo II, pág. 31 y ss., admite que la jurisprudencia belga viene concediendo indemnización en caso de nulidad por error imputable, pero no se pronuncia sobre la culpa «in contrahendo», que afirma que carece de firmeza en aquel país como construcción teórica.

(73 bis) ALONSO PÉREZ, op. cit., pág. 902.

(74) MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*, cit., pág. 44.

considerada como acto ilícito, está obligada a reparar el daño, a tenor del artículo 1902. Así pues, para este autor, en nuestro derecho carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es sólo un caso de culpa extracontractual, a regirse por el artículo 1.902 cuando concurran los requisitos de éste (75).

A favor del carácter extracontractual se muestra también Cossío, al decir que «no nos ofrece la menor duda el hecho de que cuando culposa o dolosamente se infieren a otro perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Ninguna duda nos ofrece tampoco que esta responsabilidad nunca podrá ser de carácter contractual, por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal clase ha podido producirse: estamos ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana» (76).

Díez Picazo considera que no es fácil buscar el fundamento de la responsabilidad precontractual ya sea en la culpa contractual, ya sea en la aquiliana. Rechaza este autor la tesis contractualista de Ihering por las dificultades dogmáticas que plantea, y por ser aplicable sólo en los casos en que se llegue a celebrar un contrato, aunque esa nulo, pero no en aquellos casos en que el contrato no llega a celebrarse y en la fase de tratos previos alguna de las partes observa una conducta que es contraria a la buena fe. Por otro lado, la teoría que justifica la responsabilidad precontractual, como responsabilidad aquiliana supone un acto ilícito, es decir, una falta o delito civil, que no siempre puede encontrarse en un terreno en el cual las partes se mueven con libertad. Por todo ello, piensa Díez Picazo, un sector de la doctrina ha buscado el entronque de la responsabilidad precontractual en el principio general de la buena fe, que no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social. Por el hecho de entrar en contacto y relacionarse entre sí, las partes asumen el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe: y es la violación de este deber lo que constituye la fuente de la obligación legal de resarcimiento (77).

Resultaría excesivamente largo continuar citando autores en este punto concreto. Basten las opiniones aportadas para mantener la idea ya apuntada antes de que, mayoritariamente, la doctrina española que se ha ocupado del tema se decanta por la tesis extracontractual (78).

(75) ALBALADEJO, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Parte general, pág. 272.

(76) COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil I*, pág. 265.

(77) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, pág. 191.

(78) ASÍ, DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe*, pág. 223; *íd. Anotaciones a Bettii, Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88; SANTOS BRIZ: *La contratación privada*, pág. 99; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común*

Ello no obstante debemos estar de acuerdo con Alonso Pérez cuando señala que no obstante la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el artículo 1.902, no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. En efecto, de un lado, nadie ha mantenido en nuestro derecho que pueda ser una responsabilidad contractual: aunque pudiera inducir a esta creencia la necesidad de que las partes den su consentimiento a los tratos para que los gastos que se realicen durante ellos puedan considerarse justificados, no ha de olvidarse que ese consentimiento nunca puede dar lugar a un vínculo contractual entre las partes, sino que será exclusivamente una «*condictio iuris*» para que aparezca la responsabilidad, un requisito indispensable para justificar los gastos y trabajos que se ejecuten, motivados por la decisión de las partes de negociar, y que al ser abandonada arbitrariamente produce un daño al que efectivamente los realizó. De otro lado, la obligación de indemnizar in contrahendo tiene su base en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual.

Y, sin embargo, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad, por hecho ilícito, manifestación genérica del «*alterum non laedere*».

Por ello, piensa Alonso Pérez, sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una «obligación de indemnizar» nacida de una conducta dolosa o cuasi-dolosa productora de un daño en el iter formativo del contrato (79). Y en la misma línea de pensamiento parece estar Luna Serrano cuando dice que «el presupuesto de la obligación de resarcimiento es, en el caso contemplado, mucho más concreto que el de la

y foral, III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1978, pág. 574 y ss.; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, III, *Obligaciones y contratos*, 3.^a ed., Madrid, 1970, pág. 367.

Algunos autores, fundamentalmente PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus Anotaciones a la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II-1.^o, 227, construyen la responsabilidad precontractual sobre la base de los principios generales del derecho, extraídos de algunos preceptos fragmentarios de nuestro Código, como los artículos 1.725, 1.270-2.^o y 1.486-2.^o.

Del artículo 1.725 se puede deducir la hipótesis de un «*falsus procurator*», que ocultando su falta de representación quedaría obligado con el tercero con quien contrata. Y el 1.486-2.^o plantea un tema de vicios ocultos conocidos por el vendedor. De dichos artículos se puede extraer, en nuestra opinión, la existencia de un deber de información de aquellas causas que puedan dar lugar a la nulidad del contrato (falta de representación en un caso, vicios ocultos en otro) y la obligación de indemnizar en tales supuestos, consecuencias por tanto idénticas a las del artículo 1.338.

Pero intentar basar la responsabilidad precontractual en dichos preceptos parece muy limitado, en cuanto que aquellas normas regularían supuestos de contratos ya celebrados y que pueden devenir nulos, lo que sería una de las hipótesis de culpa «in contrahendo», pero dudamos que de los citados artículos se pudiera extraer algún principio para apoyar una responsabilidad por ruptura de las negociaciones.

(79) ALONSO PÉREZ: op. cit., pág. 903.

exigencia de la genérica observancia del precepto de «naeminem laedere» contenido en el artículo 1.902. Por eso, aunque se reconoce mayoritariamente que no se puede hablar nunca en este caso de una responsabilidad contractual, existe también una clara orientación de afirmar que nos encontramos ante un supuesto de perfiles más delimitados y, en algún sentido, diversos que los de la responsabilidad extracontractual» (80).

VII. CONCLUSION

Después de estudiar el estado de la cuestión en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos se puede afirmar que no existe una respuesta unitaria a la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En efecto, hemos visto cómo en Alemania prevalecía la tesis contractualista; Francia, Suiza y España se inclinaban por la extracontractual; y en Italia, si bien la jurisprudencia mayoritaria afirma que la culpa in contrahendo es un supuesto de culpa aquiliana, un importatne sector doctrinal ha comenzado a poner en tela de juicio dicha afirmación.

De todo ello se desprende que la solución al problema de la naturaleza de la responsabilidad precontractual viene determinada por los datos del derecho positivo, y en definitiva por la exigencia de dar una respuesta a las necesidades prácticas en función de una normativa concreta.

Así, la adopción en Alemania de la tesis contractual es algo a lo que se ve forzado la doctrina de aquel país por la imposibilidad de solucionar supuestos de culpa in contrahendo si se adoptaba la tesis extracontractual, y ello debido, como se ha dicho antes, a la ausencia en el BGB de una noción general de ilícito civil. Por ello se acude a la solución contractualista, que se intenta justificar luego desde distintas perspectivas teóricas. Es exactamente lo mismo que le había sucedido a Ihering al construir su teoría sobre la culpa in contrahendo: los problemas prácticos que se planteaba sólo podían encontrar solución desde la óptica de la culpa contractual, debido a la tipicidad de acciones del derecho romano: había pues que adoptar la tesis contractual y, a posteriori, buscarle un fundamento.

Sin embargo, en el derecho italiano, donde no existían las dificultades del ordenamiento alemán, el planteamiento era distinto. Bajo la vigencia del Código civil de 1865, aunque ya comenzaba a calar entre la doctrina la idea de que cuando dos personas se ponen en contacto para la conclusión de un negocio jurídico, existe ya entre ellos una cierta relación y una obligación de comportarse de buena fe, se presentaba como superfluo el examen

(80) LUNA SERRANO: en *Lacruz Berdejo, Elementos*, II-2º, pág. 79.

de la naturaleza de esta responsabilidad, en cuanto que no existía una norma expresa de alcance general a la que pudiera conectarse la afirmación de la responsabilidad precontractual, por lo que, bajo el silencio de la ley, en la doctrina se hablaba de culpa extracontractual al amparo del artículo 1.175 (que sí ofrecía una noción general de ilícito civil, con una redacción similar a la del actual artículo 2.043 del Código italiano), porque el vínculo jurídico entre las partes se había revelado inexistente «*fin dall'inizio, in seguito alla dichiarazione di nullità od all'annullamento dell'ato*» (81).

Y cuando aparece el artículo 1.337 en el nuevo Código de 1942, la doctrina italiana encuentra la confirmación legislativa de que las «trattative» constituyen un período sometido al derecho, y donde surgen ya derechos y obligaciones impuestas por la ley, y cuya violación acarrea unas consecuencias. Y a partir de ese artículo se intenta construir la culpa in contrahendo como culpa contractual: «la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe, y en particular la obligación de comunicar la causa de invalidez del contrato, está formulada en los artículos 1.337 y 1.338 como obligación «*inter partes*», esto es, impuesta a una o más determinadas personas (una parte) en su relación con otra u otras determinadas personas (la otra parte): no se trata, pues, de un deber absoluto, sino de una obligación relativa que constituye una relación obligatoria» (82).

Pero en aquellos ordenamientos en los que, existiendo una noción general de ilícito civil, como son el francés y el español, carecen de una norma como la del artículo 1.337 del Código italiano, la respuesta a la naturaleza de la responsabilidad precontractual tiene que ser la de la culpa aquiliana. En nuestro derecho hay que tener en cuenta además que el tema está aún, en nuestra opinión, poco elaborado, y que carecemos de las necesarias directrices jurisprudenciales. La doctrina, aún aceptando el carácter interlocutorio de los tratos, ya ha señalado que la libertad de romper las negociaciones no es absoluta, y que tiene un límite en la legítima confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Se ha hablado incluso de una «relación jurídica precontractual» de las partes en negociaciones, pero la ausencia de una norma de carácter general como la del artículo 1.337 hace que la apoyatura de esa relación sea bastante débil. Podremos hablar de una obligación para las partes de comprometerse de buena fe durante el período de formación del contrato, pero sólo a nivel teórico, postulando la extensión a dicho período de la exigencia de buena fe que establece el artículo 1.258. Y las violaciones de ese deber general de buena fe deberán ser reconducidas al artículo 1.902, a falta de una normativa legal y de unas decisiones jurisprudenciales que permitan clarificar el tema.

(81) DISTASO: op. cit., pág. 247.

(82) MENGONI: op. cit., pág. 361.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Apuntes sobre la evolución del Derecho de la República Federal de Alemania en 1984

Por el Prof. Dr. HANS-LEO WEYERS y el Dr. DIRK LANGNER
(Frankfurt)

Para la República Federal alemana y desde el punto de vista legislativo, ha sido el año 1984, a semejanza del anterior, un período relativamente tranquilo en lo que al Derecho civil se refiere. Sólo es digna de mención la regulación del divorcio, que es permanente objeto de controversia y respecto a la cual existe un Anteproyecto ministerial para la modificación de las pensiones entre cónyuges divorciados. Debido a esta ausencia de novedades legislativas, será también este año la Jurisprudencia el objeto de nuestro informe.

I

Antes de introducirnos en la Jurisprudencia de los tribunales alemanes, hay que llamar la atención sobre dos sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, referidas a los derechos civil y laboral alemanes. Constituyen estas decisiones un oportuno comienzo para esta crónica dada la reciente integración española en la Comunidad Económica Europea y la posibilidad, a ello unida, de que se planteen en España situaciones semejantes.

Ambas sentencias (*Neue Juristische Wochenschrift*, en adelante NJW, 1984, 2021; *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, EuGRZ, 1984, 217; *Der Betrieb*, DB, 1984, 1042) se refieren a la indemnización que debe pagar un empresario que se niega a emplear a un trabajador sólo por razones de sexo. En esta materia existe una Directiva de la C. E. E., aplicación concreta de la prohibición de discriminación, que establece la equiparación entre hombres y mujeres no sólo respecto al salario sino también al acceso al puesto de trabajo. En aplicación de esta Directiva fue introducido en el BGB el parágrafo 611a cuyo párrafo segundo establece la obligación por parte del empleador de indemnizar al trabajador si éste no obtiene el puesto solicitado por haberse violado la prohibición de discriminación. Según la opinión mayoritaria esta in-

demnización se limita al interés negativo, esto es, los gastos que el trabajador ha realizado para hacer la solicitud, por ejemplo: tarifas de correo, copias de certificados, etc... Esta limitación se desprende del tenor del parágrafo 611a y es acorde con los principios que rigen la reparación de daños.

En los casos resueltos por el Tribunal Europeo, las mujeres, cuyo empleo había sido rechazado por el empresario alegando la preferencia por hombres, habían solicitado una reparación más elevada. El tribunal resolvió que la Directiva de la C. E. E. exigía que en el Derecho de cada país se estableciera una indemnización efectiva y eficaz que no fuera simplemente simbólica; de acuerdo a este criterio los tribunales laborales alemanes terminaron por conceder a las mujeres afectadas no sólo una compensación de gastos sino una cantidad correspondiente a seis meses de sueldo.

II

El tema de la pensión entre cónyuges divorciados y la problemática planteada en torno a ella por la reforma de 1976 —de ello informamos ya en la crónica correspondiente al año 1983, ADC 1984, 1.053 ss.— continúa siendo objeto de atención por parte de los tribunales. En este sentido destaca una decisión del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre dos familias, la primera y la segunda, respecto a los alimentos. La cuestión planteada en un principio era cómo deben dividirse los ingresos de una persona, cuya cuantía, tras pagar la pensión establecida por los tribunales a su primera esposa, no bastaba para atender a la segunda familia en igual medida.

La concurrencia entre las reclamaciones de alimentos de un cónyuge divorciado y uno nuevo está expresamente regulada en el parágrafo 1.582 BGB. Aquí se establece la preferencia del primero en una serie de supuestos y en concreto cuando por el cuidado de los hijos comunes, situación que se producía en este caso, no puede ejercer una actividad laboral.

Cuando se pretendió que se rebajara la pensión correspondiente a la primera esposa, el Oberlandesgericht —OLG— (Tribunal Regional Superior) no pudo acceder a ello dado el tenor del parágrafo 1582, pero remitió el caso al Tribunal Constitucional para que examinara la constitucionalidad de tal precepto. El OLG consideraba que lo más justo hubiera sido la distribución por partes iguales de los ingresos entre ambas familias, máxime cuando la segunda esposa se dedicaba también exclusivamente al cuidado de los hijos, y que el parágrafo 1582 podía atentar contra el principio de protección a la familia establecido en el artículo 6 de la Constitución. Estas dudas no fueron compartidas por el Tribunal Constitucional que consideró el parágrafo en cuestión de acuerdo a la Ley Fundamental y, entre otros, utilizó el argumento de que

la segunda esposa conocía el primer matrimonio y podía, por lo tanto, haber previsto las consecuencias que ello podía acarrear al suyo propio.

III

Centrémonos ahora en la Jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo, en adelante BGH). Este tuvo oportunidad en la sentencia de 7-6-1984 (NJW 1984, 2279) de dar respuesta a una cuestión de Teoría general largamente discutida en la literatura jurídica. El extremo a decidir era qué elementos debe contener una declaración de voluntad para ser jurídicamente vinculante. La parte demandada, una caja de ahorros, había manifestado a la demandante, una empresa, la asunción para un cliente de esta empresa de una fianza sin beneficio de excusión; en la determinación de los hechos, sin embargo, se puso de manifiesto que el escrito enviado por la entidad de ahorro era una simple comunicación y no se trataba de una declaración jurídicamente vinculante. La vinculabilidad de una declaración se determina según una valoración objetiva, esto es, tal y como el destinatario de la misma debería haberla entendido y en este caso resultaba evidente que la empresa demandante podía entender la comunicación como aceptación de la fianza.

Una gran parte de la doctrina mantiene sin embargo que la «conciencia respecto a la declaración» —conciencia del declarante de haber emitido una declaración jurídicamente vinculante— es un requisito constitutivo de la misma y cuya ausencia provoca su nulidad. Según esta interpretación la declaración hubiera sido nula de pleno derecho, pues quien la emitió no deseaba vincularse jurídicamente y sólo existiría para el declarante una responsabilidad por *culpa in contrahendo* o por analogía con el parágrafo 122 BGB (este precepto establece una obligación de indemnizar a cargo de quien ha realizado una declaración de voluntad que, de acuerdo a determinadas disposiciones legales, bien resulta nula o bien es anulada con posterioridad; al destinatario de dicha declaración le deben ser compensados los daños sufridos por haber confiado en la validez de la misma).

El BGH, en contra de la opinión mayoritaria en la doctrina, consideró que la declaración emitida era válida a pesar de no existir tal conciencia en quien la emitió, si el destinatario así lo podía entender. Esta declaración podría haber sido anulada por error en base al parágrafo 119 BGB (quien al hacer una declaración ha errado en el contenido o no ha querido de ningún modo hacerla con tal contenido, puede en base a esta disposición proceder a su anulación), estando en ese caso obligado a una indemnización de acuerdo al parágrafo 122, pero el demandado quedó obligado a afianzar puesto que había pasado el plazo de anulación.

IV

La segunda sentencia del BGH que presentamos en este informe está en relación con la problemática derivada del parágrafo 253 BGB, que establece la no indemnizabilidad de los daños no patrimoniales excepto en los casos establecidos por la ley. A la decisión del tribunal se sometió la patrimonialidad o no del uso de una embarcación deportiva que, debido a un accidente, no pudo ser utilizada durante un largo período de tiempo por su propietario. Por tal motivo, y en base al parágrafo 253, sólo podría concederse una indemnización si la imposibilidad de uso representaba, según el criterio del tráfico jurídico, una pérdida patrimonial.

En este caso (sentencia de 15-11-1983; DB 1984, 291), al igual que en BGHZ 76, 179 y 86, 128 donde los bienes eran respectivamente una piscina privada y un vehículo vivienda, la respuesta fue negativa y no se concedió la reparación. Esta se obtuvo, sin embargo, en otras ocasiones y en concreto cuando el bien fuera de uso era un automóvil porque se consideró que de aquí sí se derivaban desventajas económicas.

V

En la sentencia de 10-7-84 (NJW 1984, 2282) el BGH se ocupó de un tema de extensión de daños, curioso por lo poco frecuente. El conflicto se planteó por la destrucción de una embarcación en miniatura, capaz de navegar y dotada de un complicado sistema electrónico en cuya realización se habían invertido varios años. Los extremos a decidir por el tribunal eran si al demandante debía reponérse el objeto en buen estado o bien indemnizársele en dinero, planteándose en este caso la cuestión del montante de la indemnización.

Como el barco había sido totalmente destruido, el tribunal de apelación (OLG) optó por una reparación pecuniaria que se extendía —y aquí se plantea el punto conflictivo— solamente al coste de los materiales utilizados, ya que al tratarse de un modelo único no existía respecto al mismo un valor de mercado. De este modo se concedía una reparación muy por debajo de la que se hubiera obtenido si se hubiera tratado de la destrucción de un modelo convencional.

El BGH no compartió el criterio de la instancia de apelación y devolvió el asunto a la misma, considerando que la reparación concedida era demasiado reducida y que resultaba posible calcular un valor en dinero por comparación con otros objetos similares que poseyeran un valor de mercado.

VI

La normativa sobre el contrato de viaje —una materia que indirectamente puede afectar a empresas españolas— ha tenido en la República Federal alemana en los últimos años un enorme desarrollo debido a la aparición del fenómeno del turismo en masa.

En un principio el contrato de viaje no era objeto de regulación legal específica y se consideraba como un contrato de arrendamiento de obra. La Jurisprudencia, sin embargo, alejó progresivamente el derecho de viajes de su primitiva configuración, atribuyéndole una serie de rasgos peculiares, culminando este proceso con la introducción —mediante la Ley de 4-5-1979— de los párrafos 651 a-k BGB donde se regula el contrato de viaje.

Según los párrafos citados, sólo existe un contrato de viaje si el objeto del mismo es un conjunto de prestaciones (se trata de prestaciones aisladas que se ofrecen unidas por un agente) y quien las proporciona no actúa como un simple mediador sino que se responsabiliza del cumplimiento de los servicios ofrecidos. Debido a la primera característica resulta muy conflictiva la calificación jurídica de servicios únicos que a menudo realizan agencias, como por ejemplo el alquiler de un apartamento.

La dificultad señalada se puso de manifiesto en sentencia del BGH de 17-1-1985 (*Wertpapier-Mitteilungen*, WM en adelante, 1985, 319). El demandante había alquilado, mediante una agencia que se dedicada a tal actividad, una casa de vacaciones elegida en un catálogo proporcionado por dicha agencia; en las condiciones generales del agente él figuraba simplemente como intermediario y tal condición aduce cuando el cliente, ante las muchas insuficiencias del alojamiento, abandona el mismo y pretende una amplia reparación que comprendía incluso una indemnización por el tiempo de vacaciones empleado sin utilidad (extremo este reconocido para el contrato de viaje en el parágrafo 651f).

Ciertamente si la «cláusula de mediación» es válida, el agente sólo respondería en caso de incumplimiento de su función como intermediario, pero no por los defectos en el bien o servicio proporcionado. El BGH, sin embargo, a pesar de decir expresamente que el caso en cuestión no era un contrato de viaje, consideró aplicable al mismo el parágrafo 651a II que establece la invalidez de la cláusula de mediación cuando de acuerdo a las circunstancias se haya creado la apariencia de que el agente asume la responsabilidad de los servicios previstos contractualmente. De este modo y dado que la agencia tenía larga experiencia y utilizaba un amplio y detallado catálogo, se entendió que dentro de su «cumplimiento» debía considerarse incluida la consecución de una vivienda libre de defectos.

Igualmente, y habida cuenta de la similitud de este contrato

con el viaje, entendió el BGH aplicable el parágrafo 651f II, concediendo de esta manera una indemnización por los días de vacaciones invertidos en balde.

Llama la atención, y este es precisamente uno de los aspectos más destacados de la sentencia, como por vía analógica se ha ampliado la esfera de aplicación de la normativa sobre el contrato de viaje; de esta manera se intensifica la responsabilidad del agente en supuestos de prestación de servicios aislados que en principio no encajan en el tipo del parágrafo 651a I. Para justificar la aplicación extensiva de la disciplina del contrato de viaje, señala el tribunal que la característica fundamental de tal contrato no es en realidad la prestación conjunta de distintos servicios sino la responsabilidad del agente por los servicios que proporciona, nota esta que le diferencia del contrato de mediación.

El tema de la reparación por los días de vacaciones frustrados ha sido muy controvertido tanto respecto a su fundamento como a sus ámbitos personal y temporal. Antes de la introducción del parágrafo 651f II, tales daños se consideraban patrimoniales —salvando de esta forma la limitación que podía suponer el parágrafo 253—; por ello se reconocían en caso de trabajadores o de personas que se dedicaban a las labores del hogar, para las cuales las vacaciones significaban algo así como una «recuperación de las energías para el trabajo» (trabajo que igualmente era valorable patrimonialmente). Posteriormente, y con apoyo en el 651f II —que puede verse como una excepción legal al parágrafo 253—, el BGH extendió las posibilidades de indemnización a personas no empleadas, por ejemplo estudiantes y jubilados (BGHZ 85, 168ss = WM 1982, 1406).

Un último aspecto sobre el que hay criterios dispares es el del ámbito temporal al que la reclamación se debe referir, esto es, si son días frustrados sólo los transcurridos en un lugar de vacaciones que no cumple los requisitos establecidos o también los que transcurren en su casa si el viajero ha vuelto o incluso no ha podido partir porque, por ejemplo, las reservas de avión no se han hecho. Frente a una primera jurisprudencia de los tribunales de primera instancia (Amtsgericht), que tan pronto afirmaban como negaban tal cuestión, el BGH ha adoptado un criterio más flexible (BGHZ 77, 116, 122; 85, 168, 173) que exige que el período de vacaciones sea inaplazable y que con las mismas se persiga un fin «relevante». Así en el caso resuelto por la sentencia de 16-1-1985, se consideró que el que la demandante no pudiera estar durante las vacaciones con una antigua amiga era motivo suficiente para considerar las mismas frustradas.

Otra decisión relacionada con estas cuestiones es la del BGH NJW 1985, 132 ss. El tema planteado era si la reclamación de daños por tiempo de vacaciones frustrado requiere que, previamente, se haya avisado a tiempo de los defectos de la prestación (parágrafo 651d II) o exigido, sin resultado, que los inconvenientes

se subsanaran (parágrafos 651c II y 651e II). Como tales requisitos sólo son establecidos legalmente para la disminución o cambio de la prestación, la doctrina opina mayoritariamente que no son necesarios para la reclamación de daños. Sin embargo el BGH exige que el viajero comunique, en el mismo lugar, el defecto al agente, para de este modo darle oportunidad de prestar correctamente su servicio; si esta comunicación no es realizada, se pierde el derecho a reparación a no ser que el defecto sea irreparable o el viajero no pueda ponerse en contacto con la agencia, por ejemplo, porque en el lugar de vacaciones ésta no tiene ningún representante. Además de este aviso, es necesario que en el plazo de un mes tras el término del viaje se presente una reclamación a la agencia (parágrafo 651g) y esto dio lugar a la controversia que resuelve la decisión BGH NJW 1984, 1752 ss. El demandante había dado, de viva voz, un aviso debido a los múltiples defectos encontrados en su alojamiento en Fuerteventura y al finalizar sus vacaciones escribió a la compañía reclamando una indemnización. La demandada, por su parte, adujo una cláusula del contrato por la cual en caso de defectos en el servicio éstos debían especificarse convenientemente por escrito, requisito que no se había cumplido puesto que en la comunicación escrita el demandante se remitía a lo ya expuesto oralmente. La cláusula fue declarada nula por el BGH en base al parágrafo 134 BGB (que establece la nulidad de los actos jurídicos que contravengan una prohibición legal) pues estimó que la misma contravenía el parágrafo 651k según el cual de la aplicación de las normas contenidas en los parágrafos 651a-k no pueden derivarse desventajas para los viajeros, y el hecho de exigir una forma escrita no requerida por la ley fue considerado desventajoso.

En la literatura jurídica había sido discutido si el usuario debe en su reclamación volver a especificar los defectos, extremo ante el cual el BGH se pronuncia negativamente. El sentido de tal reclamación es facilitar a la agencia la comprobación de la pertinencia de la misma, pero para ello se puede servir de su personal en el lugar donde se ha prestado el servicio, quienes ya deben conocer los motivos de descontento del cliente.

VII

La diferencia entre el «aliud» y el «peius» fue el tema tratado por la sentencia BGH NJW 1984, 1955 ss. Al demandante le fueron entregados unos tubos de calefacción que no eran adecuados para agua caliente, sino para fría, y como había transcurrido el plazo de seis meses establecido para la reclamación por vicios de la compraventa (parágrafo 477 BGB), adujo que se trataba de la entrega de una cosa distinta para así poder acogerse al de treinta años establecido en el parágrafo 195 BGB.

El OLG dio la razón al demandante considerando que la entrega

de tubos para agua fría, cuando éstos se necesitaban para agua caliente, constituía un «aliud». El BGH mantuvo un criterio diferente; según éste, sólo se produce la entrega de algo distinto cuando esto se aleja en su sustancia de lo debido, y el que la calidad del material utilizado impida su uso en agua caliente no justifica que se considere un «aliud».

VIII

En la cuestión de la garantía por vicios en la compraventa de coches usados, los criterios utilizados con anterioridad por el BGH, se han visto confirmados por dos sentencias de este tribunal sobre el tema.

En la primera de las decisiones (BGH WM 1984, 534) se mantiene la línea jurisprudencial según la cual también un vendedor privado —al igual que el profesional— puede establecer válidamente una exclusión de responsabilidad por vicios (ver BGHZ 74, 383, 386 ss.; BGH WM 1981, 323, 325; BGH WM 1982, 1382). Tal exclusión abarca también los vicios de entidad, entendiendo por tales los que impiden la consecución del permiso oficial de circulación para el vehículo. Igualmente se rechaza, por imperativos de seguridad jurídica, el que la exclusión total de responsabilidad que se ha establecido pueda ser limitada mediante una interpretación posterior.

En el caso en cuestión, se había adquirido un coche usado que poco después queda inutilizable porque su parte inferior estaba totalmente oxidada. El OLG había pretendido interpretar el contrato de forma que la exclusión de responsabilidad en él establecida no afectara a los defectos que impiden el uso del vehículo, pero el BGH, en contra de tal opinión, entendió que la voluntad del vendedor cuando realizó el contrato era la de no responsabilizarse en ningún caso. Además, las causas de los defectos importantes en mecanismos complicados, como pueden ser los de un vehículo, no siempre pueden ser detectados por el vendedor, por lo que también es válida la exclusión de responsabilidad en caso de vicios graves.

La otra sentencia sobre vicios en la compraventa de coches usados y en concreto, por la falta de cualidades aseguradas es la del BGH de 22-2-1984 (BGH WM 1984, 535). En aquella ocasión se había especificado en el contrato que el vehículo había recorrido 27.600 kms., pero más tarde se puso de manifiesto que, aunque la distancia señalada correspondía a la realidad, el motor, debido a la forma de conducir del anterior dueño, se hallaba en un estado equivalente a un uso de 70.000 kms. Por esta razón era necesaria una reparación del motor y el tribunal debía decidir sobre si, con el dato de los kilómetros recorridos, había de entenderse asegurado un desgaste que correspondiera a tal distancia.

A pesar de que en una sentencia anterior el BGH había considerado que la declaración de un vendedor profesional de coches usados sobre la distancia recorrida por un vehículo, suponía asegurar que el desgaste del coche estaba en concordancia con la misma, en este caso se mantuvo una opinión contraria. Fundamento de la decisión fue que un particular, debido a su falta de conocimientos técnicos, sólo puede asegurar la distancia recorrida pero no cómo ha afectado la misma al motor.

IX

En los últimos años es muy frecuente que varias personas que no constituyen una familia vivan conjuntamente en una vivienda. Este fenómeno ha hecho que se planteen numerosos casos ante los tribunales y buen ejemplo de ello es la sentencia del BGH de 3-10-1984 (NJW 1985, 130). Los hechos eran los siguientes: un estudiante había alquilado una vivienda que, con posterioridad, pretendió compartir con otras personas y como éstas no podían considerarse su familia, tal hecho suponía un subarriendo. De acuerdo al parágrafo 549 I, éste sólo puede realizarse con consentimiento del arrendador; pero tal permiso puede reclamarse, según el parágrafo 549 II, si el arrendatario tiene en ello un interés justificado. Se trataba por lo tanto de comprobar si tal interés existía. El BGH estimó que el asunto debía analizarse tanto desde la perspectiva del derecho vigente como del orden social, y a éste corresponde que el arrendatario pueda desarrollar libremente su vida privada y por lo tanto vivir con otras personas. Por la misma razón, hoy sería insostenible la opinión de que la convivencia de personas no casadas de igual o distinto sexo atenta contra la moral. De este modo se considera fundada la pretensión del arrendatario de vivir con otras personas y obtener para ello el permiso del arrendador. El BGH sólo establece limitaciones si se pretende introducir a personas extrañas poco después de la realización del contrato de alquiler, porque ello permite presumir que el arrendatario buscaba de este modo evitar la oposición del dueño. Los intereses de éste están salvaguardados por el parágrafo 549 II que establece la posibilidad de rechazar a una persona por causa justificada.

X

La última sentencia de esta crónica es la del BGH de 17-4-1984 (Juristenzeitung, JZ 1984, 940). En ella el BGH analizó con detenimiento el derecho de libre expresión de las ideas. En un calendario para no fumadores se había incluido un cartel, que era una «adaptación» de un anuncio de la marca «Malboro», para un

concurso. En el calendario podía leerse: ¡*Gran poker Mordoro!*! (1) primer premio: úlcera de estómago; segundo premio: infarto; tercer premio: cáncer de pulmón.

El tribunal debía decidir si la empresa productora de los cigarrillos podía solicitar que cesara la distribución de los calendarios. No eran aplicables al caso las normativas sobre marcas, competencia desleal o derecho al nombre porque la distribución de los calendarios no suponía competencia alguna ni pretendía inducir a error. Sólo era posible reclamar el cese de la distribución, análogamente a lo establecido en el parágrafo 1004 BGB, en base al parágrafo 823 BGB. Este precepto establece la obligación de indemnizar por actos ilícitos extracontractuales; sin embargo y a diferencia del artículo 1.902 C. c., sólo cabe reclamación cuando se violan determinados bienes jurídicos. Estos están en parte establecidos en el mismo parágrafo 823, pero también su número ha sido ampliado por la Jursprudencia a lo largo del tiempo. A estos últimos corresponde el ejercicio de una industria establecida y en funcionamiento, bien jurídico que podía resultar afectado por el calendario en cuestión. En colisión estaban, por lo tanto, este bien jurídico y el derecho de libertad de expresión garantizado por el artículo 5 de la Constitución. El BGH dio preferencia al derecho fundamental y, en base a ello, rechazó la pretensión de la empresa demandante.

Traducción de CLARA ISABEL ASÚA
Facultad de Derecho de San Sebastián

(1) Con «Mordoro» se alude a la palabra alemana «Mord», que significa asesinato.

Información Legislativa (*)

A cargo de PEDRO ELIZALDE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. EXTRANJEROS. Regulación de sus derechos y libertades en España.

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio («B. O. E.» del 3).

La Constitución establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que establece su Título I, con arreglo a lo dispuesto por los Tratados y la Ley (art. 13). El presente texto concreta esta regulación respecto a los derechos de sufragio activo y pasivo, a la libre circulación y a los derechos de reunión, asociación, educación y sindicación.

Se regulan las situaciones de los extranjeros en España, distinguiendo la estancia (hasta 90 días) de la residencia, y el ejercicio por ellos de actividades lucrativas. Reciben un trato especial los nacionales de países especialmente ligados con España y los estudiantes.

La Ley señala expresamente las causas que justifican la expulsión de extranjeros del territorio nacional y el procedimiento para realizarla, sin perjuicio de las garantías que reconoce a los afectados.

En general se consideran extranjeros a quienes carecen de la nacionalidad española, pero la Ley no es aplicable a los Diplomáticos, representantes o funcionarios de países extranjeros u organismos internacionales que cumplan su misión en España, ni a sus familiares.

2. DERECHO CIVIL DE ARAGON. Aprobación de la Compilación.

Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985 («B. O. E.» del 6 de julio).

A) Exposición:

La presente Ley lleva a cabo dos misiones:

1.^a Integrar en el ordenamiento jurídico autonómico la Compilación Foral aragonesa de 8 de abril de 1967.

2.^a Modificar varios de sus preceptos, principalmente para acomodarlos

(*) Comprende las disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* durante el tercer trimestre de 1985.

a los principios constitucionales reguladores de la organización familiar.

Las innovaciones del nuevo texto pueden sistematizarse de la forma siguiente.

1) Eliminación de las referencias al Derecho Natural como límite de la validez de la costumbre y de los pactos.

2) Supresión de las referencias al Consejo de Familia, desaparecido con la reforma del Código civil de 1983, aunque perdura la tradicional Junta de Prientes.

3) Regulación más completa de la ausencia de un cónyuge, manteniendo la peculiaridad de los llamamientos al cargo de representante.

4) Atribución de la patria potestad a los dos padres conjuntamente.

5) Determinación precisa de la intervención del Juez de Primera Instancia en cuestiones tutelares y familiares.

6) Aplicación de la dote a cualquiera de los dos cónyuges.

7) Regulación de Comunidad conyugal aplicando los principios de gestión conjunta sobre bienes comunes y gestión separada de los privativos.

8) Supresión de la exigencia de testigos en el testamento notarial.

9) Equiparación de los hijos, cualquiera que sea su filiación, a efectos sucesorios.

10) Congelación de las remisiones al Código civil a la redacción actual de sus preceptos.

B) Observaciones:

La reforma de la Compilación aragonesa era ineludible desde la entrada en vigor de la Constitución y de las reformas del Derecho de Familia en el Código civil, realizadas en 1981 y 1983. En este sentido, el contenido de la Ley aragonesa no suscita dificultades, pues aborda una tarea necesaria y con criterios plenamente correctos.

Sin embargo, donde surgen dudas es al verificar la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para dictar normas sobre su Derecho Civil. En efecto, Aragón accedió a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, de modo que sólo pudo recibir, con su Estatuto, competencias inmediatas sobre las materias contenidas en el art. 148 del texto constitucional.

Para desarrollar competencias en las materias del artículo 149 de la Constitución sería preciso que se hubiese dictado una Ley especial de transferencia o que hubiesen transcurrido 5 años y se hubiese reformado el Estatuto de Autonomía (así lo establece el art. 37, p. 2, del Estatuto de Autonomía de 10 de agosto de 1982).

Pues bien, el derecho civil se regula por la Constitución en el artículo 149, de modo que la Ley reseñada incurre en inconstitucionalidad, por extenderse a materias que no son competencias de la Comunidad aragonesa.

Debe indicarse, no obstante, que la Ley no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo legal.

3. DERECHO FORAL DE LAS ISLAS BALEARES. Modificación de su Compilación.

Ley del Parlamento balear de 11 de abril de 1985 («B. O. E.» del 10 de julio).

Se reforma el artículo 63 de la Compilación de 1961 con la finalidad de excluir de la cantidad a abonar en caso de redención de los censos el importe de las mejoras o edificaciones realizadas después de la constitución del censo.

La modificación introducida, muy limitada, vuelve la regulación a criterios tradicionales, que habían sido indebidamente abandonados en la Compilación. Sin embargo, el aspecto que suscita dificultades, en la nueva Ley, es la competencia autonómica para dictarla, ya que, como señalamos anteriormente para la Ley aragonesa de 21 de mayo de 1985, la Comunidad Autónoma balear no ostenta, todavía, la plenitud de las competencias previstas en su Estatuto (art. 16, p. 2, del mismo).

Debe indicarse, finalmente, que esta Ley no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional.

4. CODIGO PENAL. Régimen penal del aborto.

Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio («B. O. E.» del 12).

Se da nueva redacción al artículo 417 bis del Código penal, estableciendo los casos en que el aborto no será punible. Tales son:

1.º Necesidad de evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada.

2.º Embarazo consecuencia de un delito de violación, practicándose el aborto en las primeras doce semanas de gestación.

3.º Presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, practicándose el aborto en las veintidós primeras semanas de gestación.

En cada caso se exigen algunas garantías complementarias, como son dictámenes médicos y la denuncia del delito de violación; el aborto, además, habrá de realizarse bajo dirección médica, en centro autorizado y con el consentimiento de la embarazada. Sin embargo, la conducta de la mujer embarazada no será punible si, concurriendo alguno de los tres casos indicados, el aborto se realiza sin los demás requisitos exigidos.

5. PUBLICIDAD DE LAS NORMAS. Regulación de la publicación de las normas del Principado de Asturias.

Ley de la Junta General de 4 de junio de 1985 («B. O. E.» del 4 de septiembre).

En desarrollo de la previsión contenida en el Estatuto de Autonomía, se establece el régimen de la publicación de las normas asturianas, distinguiendo:

1) Leyes y Reglamentos aprobados por la Junta General del Principado, que se publicarán, con disposición del Presidente, en el Boletín Oficial del

Principado, en el plazo de 15 días desde su aprobación y en el Boletín Oficial del Estado.

2) Disposiciones de carácter general emanadas de los órganos de gobierno del Principado, que se publicarán en el mismo Boletín Oficial del Principado.

3) Actos administrativos que deban ser objeto de publicación, que se insertarán en el Boletín con los requisitos que detalla la Ley.

4) Convenios y conciertos que celebre el Principado de Asturias.

La Ley determina con precisión los órganos competentes en cada caso para ordenar su publicación.

6. INICIATIVA LEGISLATIVA. Se regula la iniciativa legislativa del pueblo riojano.

Ley de la Comunidad Autónoma de 20 de mayo de 1985 («B. O. E.» del 22 de agosto).

La Ley desarrolla el artículo 20 del Estatuto de Autonomía, regulando la presentación de proposiciones de Ley ante la Diputación General de la Rioja por ciudadanos que reúnan la condición de riojanos en número de 6.000, al menos.

7. INICIATIVA LEGISLATIVA. Se regula la iniciativa popular en Cantabria.

Ley de la Asamblea Regional de Cantabria, de 5 de julio de 1985 («B. O. E.» 18 de septiembre).

En desarrollo del artículo 15 del Estatuto de Autonomía se regula la presentación de proposiciones de Ley ante la Asamblea por vecinos de los municipios de Cantabria, en número superior a 10.000 personas.

3. Derechos reales

8. ARCHIVOS. Regulación en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña de 26 de abril de 1985 («B. O. E.» del 1 de agosto).

Esta Ley regula los archivos públicos históricos y privados que se encuentren en Cataluña.

Respecto de los archivos privados, su calificación como históricos, previa la tramitación de expediente, supondrá la imposición de limitaciones y cargas a sus propietarios. Merecerán tal calificación los archivos que se contegran principalmente documentos de más de 100 años de antigüedad, de antigüedad menor, pero producidos o colecciónados por personas destacadas o documentos oficiales. Los archivos y documentos declarados históricos habrán de conservarse, restaurarse y permitirse su estudio. Cualquier enajenación de su contenido habrá de comunicarse al Departamento de Cultura de la Generalidad.

9. CARRETERAS. Ordenación en Cataluña.

Ley del Parlamento catalán de 11 de julio de 1985 («B. O. E.» del 6 de agosto).

La Ley se aplica a las carreteras cuyo itinerario transcurra íntegramente por territorio catalán y no sean de titularidad estatal.

Las zonas afectadas por las carreteras se delimitan por las siguientes distancias:

1) Zona de afección, 50 metros en las carreteras de la red básica, 100 en autopistas y autovía, 30 en las restantes.

2) La línea de edificación se situará en 25 metros para carreteras de la red básica, 50 en autopistas y autovías y 18 en las restantes carreteras.

Debe entenderse que la medición habrá de realizarse como dispone la Ley de carreteras, de 19 de diciembre de 1974, y que las zonas de dominio público y servidumbre se definen por lo establecido en ella.

10. AGUAS. Ley reguladora.

Ley 29/1985, de 2 de agosto («B. O. E.» del 8).

A) Exposición:

1) Principio general: Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.

2) Régimen del dominio de las aguas: El dominio público hidráulico está constituido por: las aguas continentales, superficiales o subterráneas; los cauces de corrientes naturales; los lechos de lagos, lagunas y embalses de cauces públicos y los acuíferos subterráneos (art. 2).

Los cauces de aguas pluviales ocasionales son de dominio privado, así como las márgenes, en general, aunque estarán sujetas a la servidumbre de uso público en una anchura de 5 metros y a la de policía en una anchura de 100 metros.

El dominio público de los acuíferos subterráneos no obsta a que el propietario superficial realice obras que no afecten al agua (art. 12).

3) Servidumbre de aguas: La Ley recoge la tradicional servidumbre natural de aguas y permite que los Organismos de cuenca establezcan las de saca de agua y abrevadero, estribo de presa, parada o partidor, las de paso necesarias y de acueducto.

4) Aprovechamiento de las aguas: También de acuerdo con los criterios tradicionales se regulan: El uso común general, no necesitado de autorización, pero sin que la Ley permita el abuso, desperdicio o mal uso (art. 48), los usos comunes especiales, que requieren autorización, y el uso privativo, que debe ser objeto de concesión y no podrá adquirirse por prescripción.

Los aprovechamientos eventuales podrán ser de dos clases:

a) Superficiales, a realizarse por el propietario de la finca sobre las aguas pluviales y estancadas.

b) Subterráneas y de manantiales, limitados a un volumen anual de 7.000 metros cúbicos.

5) Régimen administrativo de las aguas: La mayor parte de la Ley se dedica a esta materia, regulando las funciones a ejercer por el Estado y por las Comunidades Autónomas, los órganos competentes, sobre todo los Organismos de cuenca, y los Planes Hidrológicos.

También se regula la intervención administrativa en el régimen de los aprovechamientos, a través de autorizaciones y concesiones, que se reflejarán en el Registro de Aguas.

Los usuarios participarán en la gestión de las aguas aprovechadas en forma conjunta mediante las Comunidades de usuarios, que se configuran como Corporaciones de Derecho Público.

La llamada policía de las aguas se instrumenta mediante el control de los usos y vertidos y el establecimiento de limitaciones. Las sanciones administrativas en la materia podrán alcanzar los 50 millones de pesetas, sin perjuicio de la obligación de separar los daños y perjuicios causados y de reponer la situación anterior. Incluso esta responsabilidad podrá exigirse en vía administrativa.

6) Régimen transitorio: El paso a la nueva regulación se suaviza permitiendo la continuada utilización de las aguas públicas que se aprovechen legalmente y el de las privadas según la legislación anterior. Se concede un plazo de 3 años para que los titulares de aprovechamientos manifiesten o acrediten su condición. Transcurrido el plazo dichos titulares no pierden su derecho, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.

B) Observaciones

Esta Ley deroga la anterior Ley de Aguas de 1879 y los preceptos del Código civil que se oponen a ella, pero en lo demás, los preceptos del Código se aplicarán subsidiariamente. No se deroga el régimen especial de aguas de Canarias.

El efecto principal de la nueva regulación es la completa publicificación de las aguas, sobre todo de las subterráneas, cuyo dominio privado era indudable en la legislación anterior. Esta inclusión en el dominio público de una categoría general de bienes (demanio natural) encuentra apoyo en el artículo 132, p. 2, de la Constitución. A pesar de que el tema es objeto de discusión, puede estimarse que el régimen transitorio que se establece basta para excluir los efectos expropiatorios que se han pretendido encontrar en la nueva normativa.

A parte de ello, la incidencia sobre el texto del Código civil de la nueva Ley se concreta en puntos muy determinados.

III. DERECHO MERCANTIL

11. ENTIDADES DE SEGUROS. Regulación de las Cooperativas.

Real Decreto 1034/1985, de 5 de junio («B. O. E.» del 1 de julio).

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro privado (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, disposición núm. 8 de la Información legislativa), abrió la posibilidad de que las cooperativas accediesen a la actividad aseguradora. La presente disposición desarrolla su régimen, modificando, en lo necesario, el Reglamento de Sociedades Cooperativas, aprobado por Real Decreto de 16 de noviembre de 1978.

Las Cooperativas de Seguros tendrán por objeto la cobertura de los riesgos asegurados a sus socios (en las modalidades de Cooperativas a prima variable y a prima fija, sin causa lucrativa) o a cualquier asegurado (en las Cooperativas de trabajo asociado con los límites generales para utilizar trabajo de personas extrañas).

Estas Cooperativas precisarán de la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previa a la inscripción en los Registros de Cooperativas. Los Estatutos de estas entidades determinarán su ámbito de actuación, ajustado a la Ley de Ordenación del Seguro Privado antes citada.

12. INVERSIONES EXTRANJERAS. Liberalización.

Real Decreto 1.042/1985, de 29 de mayo («B. O. E.» del 2 de julio).

Como complemento del régimen establecido por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril (reseñado en este Anuario, XXXVIII-III, disposición núm. 6 de la Información legislativa), se autorizan de forma general las inversiones extranjeras que se realicen con aportación dineraria exterior. Tales inversiones estarán sólo sujetas al régimen de verificación previa del proyecto, con aplicación de silencio administrativo positivo si no se dicta la resolución en el plazo del mes.

Continúan sometidas a sus restricciones especiales las inversiones en materias de defensa nacional, servicios públicos o regulados en esta materia por disposiciones específicas.

Este Decreto ha sido desarrollado por Orden de 19 de julio y Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de la misma fecha («B. O. E.» del 25).

13. TITULOS VALORES. Regulación de la letra de cambio, el pagaré y el cheque.

Ley 19/1985, de 16 de julio («B. O. E.» del 19).

La presente Ley, denominada Cambiaria y del Cheque, supone una completa revisión de la regulación de estos títulos-valores en el ordenamiento español, incorporando prácticamente el contenido de las leyes Uniformes de Ginebra, aprobadas en los Convenios de 7 de junio de 1930 y 19 de marzo de 1931.

Entrará en vigor la Ley el día 1 de enero de 1986, derogando los artículos 443 a 543 del Código de Comercio (también el 950 en relación con la letra págare y cheque) y el artículo 1.465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También se retoca la redacción del artículo 60 del mismo Código y del artículo 1.429 de la Ley Procesal y se hacen inaplicables a los títulos regulados las normas específicas del Código civil sobre Derecho Internacional Privado, al realizarse una nueva y total regulación.

La nueva Ley consta de 177 artículos, distribuidos en dos títulos, sobre la letra de cambio y el pagaré y sobre el cheque. Las novedades que incorpora son numerosas, como corresponde a la introducción de un nuevo sistema cambiario, como el germánico, que básicamente recogió las Leyes Uniformes, por lo que sólo indicaremos las variaciones más llamativas.

1) Normas sobre la letra de cambio:

Se regulan los requisitos formales del título, simplificándolos y teniendo a separar la letra de los pactos antecedentes. Así, desaparecen las referencias a la cláusula de valor y a la provisión de fondos (sólo se regula la cesión de la provisión, art. 69).

La falta de cumplimiento de requisitos, la letra en blanco, la incapacidad y los defectos de representación se regulan tratando de evitar la ineeficacia del título.

Expresamente se permite que la letra tenga por objeto cantidades en moneda extranjera, convertible y admitida a cotización oficial, y que se pacte el devengo de intereses.

Resulta también posible completar la letra con una «hoja adherida» en que consten los pactos añadidos.

La regulación del endoso es muy completa, separándose claramente las funciones que cumple y con referencias especiales a los endosos limitados y al endoso en blanco (art. 17).

Se regula la aceptación, flexibilizando el régimen anterior del Código de Comercio e incorporando criterios jurisprudenciales.

La expedición de duplicados y copias de la letra recibe una destallada regulación, que viene a cubrir un importante vacío de la legislación anterior.

En relación con el pago, se contempla el régimen especial ligado a la domiciliación bancaria de la letra, con presentación en Cámara de Compensación. Como modalidad especial, cabe considerar el pago en moneda extranjera (art. 47).

El protesto notarial deja de ser indispensable para la conservación de las sanciones cambiarias; resulta plenamente eficaz la cláusula «sin gastos» y surte los mismos efectos que el protesto la declaración negando el pago suscrita por el librado, domiciliatario o Cámara de Compensación.

Se incorpora la figura de la intervención cambiaria, englobando la figura tradicional del indicatario y regulando su posición.

Parte importante de la Ley es la referente a las acciones cambiarias, directa y de regreso, así como la acción de enriquecimiento, que es regulada por primera vez. Las acciones causales son simplemente citadas en el artículo 65. Del nuevo régimen destaca el tratamiento de las excepciones oponibles, pues, eliminada la necesidad del reconocimiento de la firma, el demandado sólo

podrá oponer al tenedor las excepciones basadas en sus relaciones personales con él, las puramente objetivas y las referentes a tenedores anteriores si el actual ha procedido de mala fe («a sabiendas en perjuicio del deudor». Arts. 26 y 67). Este aspecto de la Ley lleva a cabo una modificación en el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ejecutivo, creando un trámite especial de oposición previa después del embargo.

Las acciones de la letra se someten, finalmente, a plazos especiales de prescripción (de uno a tres años).

2) Normas sobre el pagaré:

Se realiza un traslado general de la regulación de las letras de cambio. El pagaré queda configurado como documento mercantil a la orden, y el emisor colocado en la misma posición que el aceptante de una letra.

3) Normas sobre el cheque:

Las reglas de la Ley son aplicables a toda clase de cheques, regulándose modalidades especiales, como el visado o conformado. La emisión de cheques sin fondos se sanciona de forma especial y automática (art. 108), sin perjuicio se entiende de lo dispuesto en el Código penal. También es novedad la irrevocabilidad del cheque, por lo que en caso de pérdida o privación ilegal sólo cabrá al librador oponerse a su pago.

4) Normas de Derecho Internacional Privado:

Separadamente, para la letra y pagaré y para el cheque, la Ley establece los puntos de conexión y legislación aplicables. En general, se atiende a la Ley nacional de los interesados para cuestiones de capacidad, al lugar de otorgamiento para los requisitos formales y, en cuanto a los efectos, se dispone la aplicación de la legislación del lugar de pago o de emisión del título.

14. ANDALUCIA. Se regula la situación de los consumidores y usuarios.

Ley del Parlamento andaluz de 8 de julio de 1985 («B. O. E.» del 20).

Desarrollando los principios de la Constitución (art. 51) y su competencia para la defensa de los consumidores y usuarios, la Comunidad Autónoma de Andalucía promulga la presente Ley, que, en líneas generales, se ajusta a los esquemas marcados por la Ley General de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 (véase su reseña en este Anuario, XXXVII-IV, disposición número 4 de la Información legislativa) y por las dictadas por otras Comunidades Autónomas sobre la materia.

Es destacable, por su amplitud, el concepto de consumidores y usuarios que esta Ley emplea. Según el artículo 3 comprende a «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, productos, bienes o servicios, actividades o funciones independientemente del carácter individual o social, público o privado de quienes los produzcan, suministren o emanen».

No son consumidores los adquirentes de productos intermedios, pero se consideran destinatarios finales no sólo los adquirentes de productos para el propio consumo, sino también quienes los adquieran para destinarlos, de

forma desinteresada, a sus trabajadores, socios o miembros o las Entidades asociativas sin personalidad adquirentes sin ánimo de lucro.

El nuevo texto legal se refiere separadamente a los derechos de los consumidores y usuarios, a la protección de su salud e intereses, a la información, educación y participación de los consumidores y, finalmente a las funciones de los órganos de la Administración autonómica en garantía de los derechos de los consumidores.

La Ley se configura como imperativa, de modo que su exclusión, la renuncia previa a los derechos que reconoce y los actos realizados en fraude (o contravención) de la misma, serán nulos de pleno derecho. Con carácter supletorio se aplicará la Ley de 19 de julio de 1984 antes citada.

15. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Aprobación de su Reglamento.

Real Decreto 1.346/1985, de 17 de julio («B. O. E.» del 3 de agosto).

La Ley 46/1984, de 26 de diciembre (reseñada en este Anuario, XXXVIII-I, disposición núm. 8 de la Información legislativa), reguló estas Instituciones con criterios innovadores, tipificando además nuevos tipos de entidades. Varios aspectos de la nueva regulación se remitían a una futura normación reglamentaria, tarea que ahora se realiza incluyendo además los preceptos legales, por lo que el texto reglamentario recoge, en su totalidad, la regulación de estas Instituciones.

Los preceptos del Reglamento detallan especialmente los siguientes aspectos:

1) Régimen general de las Instituciones de carácter financiero:

Requisitos y límites porcentuales de sus inversiones, régimen de publicidad de las participaciones significativas, condiciones de las operaciones (se prohíbe expresamente la compensación o aplicación de las órdenes de compra o venta de títulos valores cotizables) y cumplimiento de obligaciones de información.

2) Reglas específicas para Sociedades y Fondos de Inversión:

Se refieren a su capital o patrimonio mínimos, la cotización oficial de sus acciones o participaciones y los límites puestos a sus operaciones, consistentes en el cumplimiento de los coeficientes de inversión y de liquidez y en el respeto del techo puesto a sus obligaciones frente a terceros.

3) Regulación de las Sociedades de Inversión, distinguiendo las de capital fijo y las de capital variable. Respecto de las primeras, se desarrolla el régimen de la Comisión de Control y Auditoría, órgano social a constituir si lo solicitan los socios, así como el de las operaciones y resultados de la entidad.

De las sociedades de capital variable se regulan sus límites de capital y, sobre todo, la compra o venta por la sociedad de sus propias acciones, determinándose los casos de intervención obligatoria. Las acciones deberán estar admitidas a cotización oficial, no conceden derecho preferente de suscripción y pueden emitirse a precio inferior a su valor nominal. Otras peculia-

ridades se refieren al cálculo del valor teórico de las acciones, a los casos de reducción obligatoria del capital y a la oferta pública de adquisición que debe formular la sociedad si se excluye la cotización oficial de las acciones.

4) Regulación de los Fondos de Inversión. Se trata con estas normas de dotar de suficiente garantía a los participes, estableciendo unas reglas estrictas que deben respetar las sociedades gestoras. Se regula con detalle el Reglamento de gestión de los Fondos, la inversión de su patrimonio, la suscripción y reembolso de las participaciones (que no precisan la intervención de fedatario público), especialmente el régimen de suscripción pública, y la determinación de los resultados. También se determinan los criterios para valorar el patrimonio y los límites máximos de las Comisiones a percibir por las Sociedades Gestoras y Depositarios.

Los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario se singularizan por los títulos y efectos que integran su patrimonio, que son determinados por el Reglamento. Diariamente se valorará el patrimonio, encontrándose limitadas las comisiones de gestión de forma equivalente a los restantes Fondos.

5) Reglas aplicables a las Sociedades Gestoras y a los Depositarios. Podrán ser Gestores de Instituciones de Inversión Colectiva las sociedades anónimas y las sociedades instrumentales de Agentes Mediadores Colegiados que reúnan los requisitos de organización, patrimoniales y de inversión que se detallan.

Por su parte, podrán ser Depositarios las entidades de depósito, Colegios de Agentes Mediadores y Sociedades instrumentales.

El Reglamento enumera detalladamente las funciones y actuaciones de ambos tipos de entidades.

6) Normas sobre verificación contable: Se desarrollan los requisitos que deben reunir los expertos que desarrollen la auditoría de los estados financieros de las Instituciones, referentes a: cualificación profesional, inscripción, independencia, fianza y control.

7) Régimen sancionador.

8) Instituciones de Inversión Colectiva no financieras: Se regulan haciendo remisión a las normas anteriores, en cuanto se ajusten a su naturaleza, y a las aplicables según la forma jurídica que revistan. Deberán cumplir los requisitos de auditoría contable antes indicados.

9) Régimen fiscal de las Sociedades y Fondos: El Reglamento detalla la tributación por los Impuestos de Sociedades y de Transmisiones Patrimoniales, con exención y reducción aplicables a las entidades cuyos títulos se cotizan en Bolsa, así como el régimen de tributación de los socios o participes.

10) Sociedades Gestoras de Patrimonio: Reguladas por su proximidad funcional a las Instituciones de Inversión Colectiva, el Reglamento desarrolla los requisitos necesarios para acceder al Registro administrativo especial (socios, recursos propios, administradores) y el régimen aplicable (obligaciones de información, auditoría, actividades y sanciones). El acceso al Registro y consiguiente regulación especial no es imprescindible para el ejer-

cicio de las actividades de gestión y simplemente supone una especial tutela administrativa.

11) Apelaciones generales al ahorro del público: Al igual que la Ley, el Reglamento regula esta materia en su disposición adicional primera, exigiendo la verificación contable, información sobre la situación económica y financiera del interesado y autorización administrativa de la publicidad. Quedan excluidas de este régimen las ampliaciones de capital social y todas las instituciones financieras sujetas a una normativa especial.

Finalmente, cabe indicar que la detallada regulación reglamentaria no prevé en ningún caso la actuación de las Comunidades Autónomas, ni siquiera con funciones meramente ejecutivas, a pesar de las competencias en materia financiera que les suelen atribuir sus Estatutos de Autonomía. Sobre estos temas reviste especial interés la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de octubre de 1984.

16. SEGUROS PRIVADOS. Se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Producción.

Real Decreto Legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto («B. O. E.» del 3).

La Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado reguló algunos aspectos de la mediación en operaciones de seguro, modificando la vigente Ley de Producción, de 30 de diciembre de 1969 y ordenando la elaboración de un Texto Refundido de la misma.

El presente texto regula, como indica su art. 1 la actividad mercantil de promoción, mediación y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros y reaseguros privados, entre personas físicas o jurídicas y Entidades aseguradoras; así como la posterior asistencia al tomador del seguro, asegurado o beneficiario.

Esta actividad se reserva con carácter exclusivo y profesional a los mediadores que regule la Ley.

La nueva regulación de los tradicionales Agentes de Seguros los clasifica en: Agentes, afectos y afectos representantes; Corredores de Seguros y Corredores de Reaseguros. Se regula también la actividad de los empleados de entidades aseguradoras y subagentes.

Podrán ser Agentes y Corredores de Seguros las personas jurídicas, cumpliendo especiales requisitos.

Recibe completa regulación el contrato mercantil de Agencia de seguros, concertado entre un Agente y una entidad aseguradora y caracterizado, normalmente, por la nota de exclusividad.

Los Corredores de Seguros, por su parte, dada su actuación plenamente independiente, deberán constituir garantía por las responsabilidades en qué puedan incurrir.

El texto legal concluye con el detallado régimen sancionador en la materia.

17. SEGURO PRIVADO. Aprobación de su Reglamento de Ordenación.

Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto («B. O. E.» de 3, 5 y 6 de agosto).

La Ley 33/1984, de 2 de agosto (reseñada en este Anuario, XXXVIII-IV, disposición núm. 8 de la Información Legislativa) innovó de forma fundamental el régimen de las entidades dedicadas al Seguro, previendo su desarrollo reglamentario, al que remitía la concreción de ciertos aspectos de dicho régimen. El presente Reglamento lleva a cabo una regulación completa de la materia, dejando sólo fuera de su ámbito a la Seguridad Social y a las Mutualidades de Previsión Social, que serán objeto de un reglamento independiente.

Después de definir las operaciones accesibles a las entidades aseguradoras, el Reglamento precisa las condiciones de acceso a la actividad y los requisitos que deben cumplir los diversos tipos de entidades (mutuas y cooperativas a prima fija y a prima variable, con mayor detalle).

Especial atención merecen las llamadas provisiones técnicas, antes denominadas reservas, que garantizan el funcionamiento de las entidades. El Reglamento determina su forma de cálculo y los activos monetarios, mobiliarios, crediticios e inmobiliarios que reúnan las características que establece en que deberán invertirse. Además las entidades deberán mantener un volumen de patrimonio propio no comprometido, margen de solvencia y fondo de garantía, que cubran suficientemente las operaciones que realicen.

Se precisan también las reglas aplicables en las cesiones de cartera, fusiones, escisiones, transformaciones, agrupaciones, revocación de la autorización administrativa, disolución, liquidación e intervención de las entidades aseguradoras.

Como en la Ley, se regulan especialmente el reaseguro y las competencias administrativas de control, intervención y sanción.

Así como la Ley establecía la condición de básicos de algunos de sus preceptos, para afirmar su prevalencia sobre las posibles disposiciones en la materia de las Comunidades Autónomas, el Reglamento también atribuye dicha condición a algunas de las reglas que establece.

Cierra el Reglamento una extensa disposición derogatoria que determina también las normas anteriores que deben considerarse vigentes.

18. CAJAS DE AHORROS. Regulación en Cataluña.

Ley del Parlamento de Cataluña de 1 de julio de 1985 («B. O. E.» del 5 de agosto).

El Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de Cajas de Ahorro, pero de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado (art. 12, p. 1, núm. 6). Desarrollando tal competencia se dicta la presente Ley, que constituye una regulación completa de las citadas Entidades financieras.

Como aspectos principales de la Ley pueden destacarse los siguientes:

1) Ambito de aplicación:

Se definen las Cajas de ahorro como «instituciones financieras de carácter social y naturaleza fundacional, sin afán de lucro, no dependientes de ninguna otra Empresa, dedicadas a la captación, administración e inversión de los ahorros que le son confiados, que prestan sus servicios a la comunidad bajo el protectorado público de la Generalidad». Estas entidades quedan sometidas a la Ley cuando tengan su domicilio central en Cataluña.

2) Constitución de Cajas de Ahorro:

Se determinan los requisitos que debe reunir la escritura pública de constitución, así como la necesidad de aprobación administrativa y la inscripción en el Registro especial que se crea. Desde la inscripción, la Caja adquirirá personalidad jurídica y podrá iniciar sus actividades. También precisarán autorización de la Generalidad las absorciones o fusiones y la disolución y liquidación voluntarias de Cajas de Ahorro.

3) Organos de gobierno de las Cajas de Ahorro:

Son: La Asamblea General, el Consejo de Administración, la Comisión de Control y el Director General. La Ley determina la composición y funciones de cada uno de ellos, los procedimientos de designación y cese de sus miembros y su régimen de incompatibilidades.

Los nombramientos y ceses de los miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control y del Director General, se inscribirán en un Registro de Altos Cargos de las Cajas de Ahorros de Cataluña.

4) Actividades de las Cajas de Ahorros:

La Ley se refiere a la calificación de las inversiones computables en coeficientes, en el marco de la normativa estatal, a la posible autorización previa de inversiones y a la apertura de oficinas en Cataluña o fuera del territorio.

Los excedentes que obtengan las Cajas deberán destinarse a obras sociales, en cuanto no se apliquen a reservas.

Las Cajas catalanas podrán constituir una Federación y deberán informar debidamente al Departamento correspondiente de la Generalidad.

5) Régimen sancionador:

Sin perjuicio de las funciones del Banco de España, el Departamento de Economía y Finanzas vigilará la aplicación del régimen por las Cajas de Ahorro domiciliadas en Cataluña. La infracción de la normativa vigente puede acarrear la suspensión de los órganos de gobierno de las Cajas e intervención, decretada por el Gobierno de la Generalidad.

19. CAJAS DE AHORRO. Normas básicas sobre sus Organos rectores.

Ley 31/1985, de 2 de agosto («B. O. E.» del 9).

La presente Ley, fundada en el artículo 149, p. 1, núm. 11, de la Constitución, establece un marco estatal básico de la representación, organización y funcionamiento de los órganos de decisión de las Cajas de Ahorro, de modo que sea posible su desarrollo por las Comunidades Autónomas que han asumido competencias sobre tales entidades.

Los principios que informan la nueva regulación son: democratización, profesionalidad y ajuste a la nueva organización territorial del Estado.

Esta Ley sustituye al Real Decreto 2.290/1977, de 27 de agosto, en cuanto regulaba esta materia, y dota del debido rango legal a la organización de las Cajas de Ahorro. Se prevé su plena entrada en vigor previo el desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas y, en todo caso, a los diez meses desde su publicación.

Son órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro: La Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control.

La Asamblea, órgano supremo, se integra con representantes de los impositores (44 por 100), Corporaciones Municipales (40 por 100), fundadores (11 por 100) y de los empleados (5 por 100). La Ley detalla el procedimiento de elección, los requisitos e incompatibilidades del cargo de Consejero y el régimen de ejercicio de su cargo.

El Consejo de Administración, órgano de gestión, integrará a representantes de los grupos antes citados, elegidos por la Asamblea General. La Ley detalla también el régimen de los Vocales del Consejo.

Finalmente, la Comisión de Control, órgano fiscalizador, tiene también composición plural y sus miembros se eligen por la Asamblea.

Se regula también la situación del Director General y de los órganos confederados de las Cajas de Ahorro.

La disposición final cuarta se dedica a regular la actuación de las Comunidades Autónomas en desarrollo de la Ley, que se califica expresamente como norma básica estatal, a excepción de los preceptos que cita específicamente. Dichas Comunidades habrán de limitarse ordinariamente a regular los aspectos procedimentales y organizativos de los órganos de gobierno de las Cajas que tengan domicilio social en su territorio y sólo para las actividades realizadas en el mismo. Esta duplicidad de la conexión requerida, junto a la determinación de que el Estado asumirá todas las competencias sobre las Cajas de Ahorro que capten fuera del territorio de la Comunidad donde tengan su domicilio más del 50 por 100 de sus depósitos (aunque sea en otra Comunidad Autónoma con competencia en esta materia), hace prever que esta Ley será impugnada ante el Tribunal Constitucional por las Comunidades Autónomas afectadas.

Problema singular planteado por esta Ley es su incidencia sobre la Ley catalana sobre Cajas de Ahorro, de 1 de julio, promulgada con anterioridad, dado que la presente tiene el carácter de norma básica en la materia y goza, por tanto, de prevalencia sobre las normas autonómicas. La cuestión guarda evidentes afinidades con las suscitadas por cualquier sucesión normativa, aunque con algunas especialidades, como ha señalado la doctrina administrativa. De llegar a plantearse la discusión ante el Tribunal Constitucional, cabe esperar que señale criterios seguros sobre este punto concreto.

20. CAJAS DE AHORRO. Regulación en Galicia.

Ley del Parlamento de Galicia de 17 de julio de 1985 («B. O. E.» del 20 de septiembre).

La presente Ley tiene casi total coincidencia con la Ley catalana reseñada anteriormente, planteando los mismos problemas.

Cabe distinguir, sin embargo, su ámbito de aplicación, referido a las entidades «con domicilio social en Galicia».

La Ley regula la constitución y régimen de las Cajas y sus órganos de gobierno, en forma, claro está dada su fecha, discrepante con la posterior Ley estatal 31/1985, de 2 de agosto.

IV. DERECHO PROCESAL**21. PODER JUDICIAL. Regulación de su estructura y organización.**

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio («B. O. E.» del 2).

La presente Ley viene a sustituir, principalmente a la antigua Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, desarrollando los principios del Título VI de la Constitución, sobre la materia.

El texto legal, de gran extensión (508 artículos), establece unos principios básicos sobre la potestas jurisdiccional y, después, regula con detalle (aunque se prevé la promulgación de normas legales complementarias) los órganos judiciales de los distintos órdenes y su régimen de gobierno.

Del contenido de la Ley pueden destacarse los siguientes aspectos:

1) Principios generales:

El Título Preliminar sienta las directrices fundamentales del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Especial consideración merece la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, cuya interpretación realizada por el Tribunal Constitucional parece vincular, de algún modo, a los jueces y Tribunales. En todo caso la infracción de un precepto constitucional será suficiente para fundar el recurso de casación (art. 5).

Se reitera también la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los derechos y libertades del Título I, Capítulo II, de la Constitución, así como su deber de inaplicar los Reglamentos ilegales.

La aplicación de la buena fe en el campo procesal se conecta con la proscripción de pruebas obtenidas con violación de los derechos y libertades fundamentales, la condena del abuso del derecho en materia procesal y la limitación de eficacia de los formalismos procesales (art. 11).

De acuerdo con los criterios tradicionales, la independencia judicial implica que los órganos del Poder Judicial no puedan dictar instrucciones a los inferiores para la aplicación o interpretación del ordenamiento (art. 12).

2) Extensión de la jurisdicción:

Se determina el alcance de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social. En materia civil se someten a puntos de

conexión especiales las materias englobadas en el Derecho de los consumidores.

3) Organos jurisdiccionales:

Según la Ley, los Juzgados y Tribunales serán:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

Se determinan también sus competencias respectivas.

Los conflictos que se susciten entre los Juzgados o Tribunales y la Administración, se resolverán por un órgano colegiado de composición paritaria.

4) Gobierno del Poder Judicial:

La regulación del Consejo General del Poder Judicial sustituye a la establecida por la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero.

5) Régimen de los Juzgados y Tribunales:

Se regulan algunos de los requisitos de las actuaciones judiciales, como la duración del año judicial, el tiempo hábil, la constitución de los órganos judiciales, la nulidad de sus actos y los tipos de resoluciones que se dicten.

Pueden destacarse dos puntos:

a) La regulación del uso de la lengua oficial de las Comunidades Autónomas en las actuaciones, con plena validez y eficacia. Se prevén la posible oposición de las partes y los casos en que sea precisa traducción (art. 231).

b) La responsabilidad patrimonial del Estado en casos de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, determinándose los requisitos y el procedimiento a seguir (arts. 292 a 297). Regulación que debe relacionarse con la posible responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados (art. 411).

6) La Carrera Judicial:

Supone la regulación del acceso a la misma y de las formas de provisión de plazas en los distintos órganos.

Como viene siendo frecuente últimamente, las disposiciones adicionales de la Ley son de obligada consulta, pues modifican una pluralidad de disposiciones vigentes. Así, cabe señalar:

1.º La supresión de los Tribunales Arbitrales de Censos de las provincias catalanas, cuyas competencias pasan a los Juzgados de Primera Instancia.

2.º La atribución de competencia resolutoria de los recursos sobre calificación de títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad al Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

3.º La supresión de la partición procedural en los procesos de impugnación de acuerdos sociales (Sociedades Anónimas y Cooperativas) y de nulidad de Registro de Propiedad Industrial, que deberán resolverse, en primera instancia, por el Juzgado.

4.º La supresión del Tribunal Arbitral de Seguros.

La Ley Orgánica es también el inicio de una completa renovación del ordenamiento procesal. Además de las leyes y reglamentos precisos para aplicar y desarrollar sus disposiciones, se prevé la elaboración de nuevas leyes sobre el proceso contencioso-administrativo, de conflictos jurisdiccionales, del jurado y un texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

22. POSTULACION PROCESAL. Se regula la comparecencia en juicio de la Región de Murcia.

Ley de la Asamblea Regional de Murcia, de 1 de julio de 1985 («B. O. E.» del 2 de septiembre).

Partiendo de la equiparación procesal de las Comunidades Autónomas con el Estado, conforme repiten los Estatutos de Autonomía, se establece en Murcia que la representación y defensa de la Administración regional corresponde a los funcionarios letrados adscritos a la Dirección Regional de lo Contencioso y de la Asesoría Jurídica. Por la Asamblea Regional de Murcia comparecerán los letrados adscritos a su Secretaría General.

También se prevé una intervención especial de la Dirección Regional citada en la designación de los Procuradores y Letrados que actúen en representación y defensa de las empresas públicas de la Comunidad.

La comparecencia en juicio de los órganos regionales se realizará mediante postulación unificada, con empleo de papel de oficio y sin devengo de tasas judiciales.

Cabe reiterar, en relación con esta Ley las observaciones realizadas a la pionera Ley Valenciana, de 29 de junio de 1984 (reseñada en este Anuario, XXXVII-IV, disposición núm. 10 de la Información legislativa).

V. OTRAS DISPOSICIONES

23. METALES PRECIOSOS. Regulación del tráfico de los objetos fabricados con ellos.

Ley 17/1985, de 1 de julio («B. O. E.» del 3).

Siendo necesario actualizar las normas sobre vigilancia y control de la fabricación, comercialización y tráfico de metales preciosos, la presente Ley marca el inicio de la progresiva sustitución de las normas vigentes, que datan de los años 1934 a 1936.

La Ley, que habrá de ser desarrollada reglamentariamente, entrará en vigor a los doce meses de su publicación.

Se regulan aspectos generales, como la reserva de la calificación de metales preciosos al platino, oro y plata, y los requisitos para el acceso al mercado interior (leyes mínimas) y al comercio exterior.

En la regulación de las sanciones administrativas aplicables en caso de infracción, se hace expresa referencia a la competencia preferente de la jurisdicción penal.

24. DERECHO A LA EDUCACION. Ley reguladora.

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio («B. O. E.» del 4).

Se dicta esta Ley en desarrollo del artículo 27 de la Constitución, derogando la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, que estableció el Estatuto de Centros Escolares y sólo parcialmente la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma educativa.

El Título Preliminar del texto legal proclama el derecho de los españoles y extranjeros residentes en España a la educación, el de los padres y tutores a organizar la educación de sus hijos o pupilos y el de los alumnos a recibir una formación completa y adecuada. Además, se determinan los fines generales de la actividad educativa y los criterios básicos sobre libertad de cátedra y asociaciones de padres de alumnos o de éstos.

La práctica totalidad de la ley se dedica a regular los centros docentes (no universitarios), clasificados por su naturaleza (públicos y privados) y por las enseñanzas que imparten. Especial detalle se dedica a los órganos públicos competentes en la materia.

Los centros privados podrán sostenerse con fondos públicos formalizando un concierto con la Administración. Los centros concertados quedan sometidos a un régimen especial (se extiende a la retribución del profesorado, gratuidad de la enseñanza, condiciones de funcionamiento y de admisión de alumnos, organización, cobertura de vacantes del personal, beneficios fiscales...).

Esta Ley se desarrollará y aplicará por el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias respectivas.

25. COMUNIDADES EUROPEAS. Se autoriza la adhesión de España.

Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto («B. O. E.» del 8).

La Ley se limita a autorizar la ratificación del Tratado de Adhesión, de 12 de junio de 1985, a la C.E.E. y al Euratom y a autorizar la adhesión al Tratado C.E.C.A., viniendo exigido su rango de Ley Orgánica por el art. 93 de la Constitución.

Las condiciones detalladas de la adhesión española y, sobre todo, los plazos establecidos para la aplicación en España de la normativa comunitaria, se encuentran recogidos en el Acta de Adhesión anexa al Tratado, que no ha sido publicada todavía.

26. LIBERTAD SINDICAL. Regulación.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto («B. O. E.» del 8).

Se desarrolla la regulación del derecho fundamental de libertad sindical, proclamado por el artículo 28 de la Constitución.

La Ley prevé, restrictivamente, los casos en que el derecho a la sindicación estará limitado o sujeto a normas especiales.

Los Sindicatos adquirirán personalidad jurídica con el depósito de sus estatutos en una oficina pública, que deberá proceder a publicarlos y el transcurso de un plazo de 20 días.

Podrán los sindicatos adquirir la condición de más representativos, por su audiencia, lo cual les atribuirá una especial función representativa en las actividades colectivas.

Se regula también la constitución de Secciones sindicales en las empresas o centros de trabajo y la tutela de la libertad sindical. En relación con este último punto encuentra fundamento la inembargabilidad de las cuotas sindicales.

27. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.—Regulación.

Ley 30/1985, de 2 de agosto («B. O. E.» del 9).

Con efectos de 1 de enero de 1986, se introduce en España el Impuesto sobre el Valor Añadido, tributo indirecto sobre el consumo que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales y las importaciones de bienes. Este Impuesto no se aplicará a las operaciones realizadas en Canarias, Ceuta y Melilla.

Es regla general la sujeción a tributar por la realización de actividades empresariales o profesionales, con las únicas exenciones recogidas en el artículo 8 de la Ley. Entre éstas destaca la relativa a operaciones financieras, que comprende la actividad crediticia completa, las operaciones sobre títulos-valores y la mediación o intervención en las mismas.

El I.V.A. es incompatible con el concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero se sujetan a éste las entregas y arrendamientos de inmuebles exentos en el primero. Además, se modifica el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, de 30 de diciembre de 1980, para incluir en él una amplísima exención de los préstamos, cualquiera que sea su forma.

Serán sujetos pasivos del I.V.A. quienes desarrollen actividades empresariales o profesionales, pero con obligación de repercutir íntegramente el Impuesto a los destinatarios de aquéllas.

La base imponible será, en general, el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas, aunque se establece una regulación especial para las importaciones.

Según el tipo tributario aplicable, se distinguirán tres categorías de operaciones gravadas. El tipo reducido del 6 por 100 se aplicará a productos nutritivos, materias naturales, libros, material sanitario, viviendas, transportes y otros servicios semejantes. El tipo incrementado del 33 por 100 se prevé para bienes considerados superfluos o de lujo y el tipo ordinario del 12 por 100 tendrá aplicación general.

La gestión del Impuesto tiene su núcleo en el régimen de deducciones, ya que los sujetos pasivos podrán deducir, de las cuotas devengadas por las operaciones que realicen, el importe de las que les hayan sido repercutidas

por las adquisiciones realizadas o los servicios recibidos. La previsión de los múltiples casos que pueden plantearse, por razón de las deducciones a computar, da lugar a una compleja regulación en la Ley.

Finalmente la Ley contempla varios regímenes especiales para la exacción del Impuesto; tales son:

- Simplificado, para personas físicas cuyo volumen anual de operaciones no exceda los cincuenta millones de pesetas.
- De la agricultura, ganadería y pesca.
- Aplicable a bienes usados.
- De objetos de arte, antigüedades y objetos de colección.
- Agencias de viajes.
- Comercio minorista.

El nuevo Impuesto sustituirá al vigente Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, al Impuesto sobre el lujo, al Impuesto especial sobre bebidas refrescantes y al Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores, además de otras figuras tributarias de menor importancia. La imposición indirecta quedará así totalmente alterada y armonizada con los criterios vigentes en la C.E.E.

Debe recordarse que la entrada en vigor del I.V.A. determinará también la plena aplicación del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, con arreglo a lo establecido en su disposición transitoria 3.º.

28. CONTRATO DE TRABAJO. Relaciones laborales especiales.

Reales Decretos 1.382, 1.424 y 1.438/1985, de 1 de agosto («B. O. E.» del 12, 13 y 15 de agosto).

Estas disposiciones regulan las siguientes relaciones laborales:

1.º) Del personal de alta dirección, que incluye a los trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a sus objetivos generales, actuando con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitada por los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad.

2.º) Del servicio del hogar familiar, prestado por la persona que, dependientemente y por cuenta del titular, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.

3.º) De las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura, con la denominación de representantes o mediadores. Se excluyen, claro está, los ligados a la empresa por una relación mercantil.

29. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Regulación de algunos aspectos de su régimen jurídico.

Reales Decretos 1.462 y 1.465/1985, de 3 y 17 de julio («B. O. E.» del 26 y 27 de agosto).

La única conexión entre ambas disposiciones se encuentra en la materia en que se insertan.

En primer lugar, el R. D. 1.462/85, desarrollando la disposición adicional 14 de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, regula la forma de acreditar el requisito de encontrarse las Empresas contratistas al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Por su parte, el R. D. 1.465/85 regula los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y la Seguridad Social.

NOTA CRITICA

DERECHO CANONICO Y MISION DEL DERECHO

LUIS-HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cádiz

IBAN, Iván C.: «Derecho Canónico y Ciencia Jurídica». Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1984, 458 páginas.

El hecho de que cualquier jurista habituado, por ejemplo, al cultivo del Derecho del seguro o del Derecho urbanístico pueda quedar aturdido al oír hablar del método de elaboración del Derecho divino o de los colaboradores del legislador divino (respectivamente, págs. 408 y 430 de la obra de Ibán) indica que debemos situarnos en un plano diferente del acostumbrado para enjuiciar una aportación científica sobre Derecho canónico; y que, al margen de que nuestras divergencias frente a lo propuesto o supuesto por la inmensa mayoría de los canonistas sean profundas y abundantes (pueden no serlo también), parece muy conveniente cuestionarnos si nuestra posible actitud de positivismo sociológico es la única intelectualmente admisible, especialmente a la hora de adoptar una posición crítica ante un concreto Ordenamiento o a la hora de indagar la legitimación de éste en lo relativo a algunos de sus contenidos. Escribo esto porque el presente libro de Iván Carlos Ibán Pérez, Catedrático de Derecho canónico de la Facultad de Derecho de Jerez (Universidad de Cádiz), defendiendo tesis que yo no defiendo y proponiendo un mundo que yo reputo censurable (tanto desde una perspectiva creyente como desde una perspectiva atea o agnóstica), ha suscitado en mí notabilísimo interés: su autor demuestra cumplidamente su condición de jurista y de intelectual, enseñándome mucho en el primer concepto y provocando que yo me enseñe a mí mismo mejor lo que ya sabía y sentía, en el segundo. Porque la obra en cuestión, cuyo origen es una Memoria de oposiciones, es mucho más que eso, es una exposición armónica de la concepción de un autor joven, pero extremadamente maduro —*forse troppo*— sobre su disciplina y su quehacer. Y porque la obra es una excelente monografía de teoría general del Derecho, sirviendo de gran utilidad para un civilista, a veces mediante la aplicabilidad directa de lo que se dice al campo jurídico-privado secular, a veces mediante el empleo del contraste.

La presente *Nota* se compondrá de una somera exposición del contenido del libro, seguida de unas consideraciones críticas, algunas de las cuales serán expuestas pormenorizadamente y otras, en aras de una obligada brevedad, quedarán meramente apuntadas.

Comienza el libro con un *Prólogo* del profesor De La Hera, hoy Catedrático de Instituciones Canónicas Indianas en la Universidad Complutense de Madrid, del que el profesor Ibán es discípulo directo. Se trata de un prólogo

que describe el intento del autor de la obra prologada con perfecta precisión, pues, casi en el comienzo, advierte el prestigioso jurista e historiador mencionado que «... si en otras épocas el tema principal de atención de la canonística se centraba en la búsqueda de soluciones jurídicas aptas para dirigir la vida del pueblo de Dios, el interés actual se ha desplazado hacia la discusión sobre la necesidad misma de soluciones —normas— jurídicas en la Iglesia, y aun a la existencia misma de ésta como sociedad visible. Y cualquiera puede comprender que éste no es sólo un problema técnico, sino un interrogante radical» (pág. 9) Seguidamente alude De La Hera al desarrollo de la Ciencia canonística desde el siglo XIX, describiendo las diversas Escuelas que van surgiendo, así como el impacto del Concilio Vaticano II sobre ellas, lo que constituye una síntesis del panorama científico-canónico actual, terminando su exposición con unas palabras dedicadas a su discípulo Iván C. Ibán, autor de la presente investigación.

El resumen del contenido de la obra es el siguiente:

El capítulo primero, muy extenso, que se titula «Derecho e Iglesia», se halla dividido en varias grandes secciones, denominándose la primera «El concepto de Derecho canónico». En las líneas iniciales escribe al autor que «... Este trabajo... pretende... una reflexión acerca del concepto de Derecho canónico», siendo, por ello, necesario comenzar por «... aludir a las diversas posiciones que a tal respecto son mantenidas por la doctrina» (pág. 15).

La posición primeramente abordada es la exegética, fruto directo y obligado del *Codex Iuris Canonici* de Benedicto XV: explica Ibán que, junto a factores intraeclesiás (Decretos de 1917 y 1918, que establecían el método único posible de estudio de la materia en cuestión y el ámbito de ésta, el *Codex* y sólo el *Codex* (págs. 17, 18 y 21),, concurrieron asimismo favores extraeclesiás que favorecieron dicha actitud metodológica: aislamiento de la Iglesia, liberalismo y anticlericalismo ambientales, ausencia de la disciplina en la Facultades de Derecho seculares en Italia, etc. (pág. 21). A pesar de ello, «... No todo el trabajo realizado por la Escuela exegética fue mera exégesis ...» (pág. 24), mereciendo dicha Escuela, a juicio de autores españoles más recientes y de orientación metodológica distinta, grandes elogios (págs. 31 y 32), que Iván transcribe después de aludir a la acogida positiva que tuvo la exégesis en España (págs. 26 y ss.) y antes de dedicar unas palabras a la concepción del Derecho canónico como Derecho sacramental (página 33).

Para exponer la posición «dogmática» parte el autor de la visión del problema que adopta Del Giudice que, por motivos muy concretos, preferentemente académicos, se ve forzado a ofrecer una alternativa a la propuesta metodológica exegética (pág. 37), optando por concebir un verdadero *sistema* de Derecho canónico (pág. 40), sistema que construye sobre la idea de *ordenamiento* (págs. 44 y ss.) y que incorpora las técnicas del Derecho secular en la elaboración científica del Derecho de la Iglesia, siendo seguido en dicha tarea por otros autores, especialmente D'Avack (págs. 46 y ss.). Dedica Ibán las siguientes páginas a la recepción de la corriente dogmática en la doctrina española (págs. 48 y ss.), aludiendo a sus principales introductores (Maldonado y De Echeverría) y a los continuadores de éstos, para desembocar en la etapa de esplendor científico representada por el denominado «grupo de

Pamplona» y caracterizada por el análisis crítico del método italiano: aceptada la metodología dogmática y sistemático-conceptual, se critican y superan algunas de las concepciones del Derecho canónico amparadas o surgidas en ella, como la tesis del ordenamiento (págs. 53 y s.), contrastando este esplendor navarro con una sobrevenida crisis del tema en la doctrina italiana, en parte debida a factores académicos, en parte al Concilio Vaticano II (páginas 57 y ss.). Muestra inmediatamente Ibán los caminos que recientemente se han seguido para, a la vista de las insuficiencias de la concepción de Del Giudice, conferir coherencia y homogeneidad al sistema normativo propio de la Escuela dogmática renovada (págs. 64 y ss.): el problema, en síntesis, es éste: según Del Giudice, el Derecho divino fundamenta al canónico, pero es exterior a él: sólo la asunción de aquél por la autoridad eclesiástica lo hará integrarse en el seno del sistema jurídico; esa asunción es lo que él denomina *canonizatio* (págs. 66 y 67). Dificultad que resuelve, por ejemplo, Hervada (páginas 69 y ss.) obteniendo la integración del Derecho divino en el canónico aludiendo a la fundamentación de éste por aquél y al ligamen de ambos a través de los Sacramentos, pues éstos, especialmente el Bautismo y el Orden, se insertan en la estructura jurídica de la Iglesia, fundamentando dicha estructura y determinando regulaciones jurídicas, produciendo efectos jurídicos, en suma (págs. 73 y 74). Contrario, pues, a la tesis de la *canonizatio*, considera, no obstante, Hervada necesaria la positivación del Derecho divino (pág. 76), pero la presencia del Derecho divino no perturba la homogeneidad ni el sistema, pues el Derecho divino es también Derecho canónico. La sección termina con una referencia al eco que produjo en Italia la teoría de Hervada (págs. 77 y ss.), aludiéndose a la posición de Feliciani en cierto modo continuadora de la del canonista español comentado, pero más cercana a la Escuela opuesta, la exegética alemana más reciente, que, a diferencia de la dogmática italiana y navarra (que reputan al Derecho canónico una ciencia estrictamente jurídica), lo considera más bien disciplina teológica (pref. pág. 81).

La sección segunda del capítulo primero, especialmente extensa (págs. 82 a 242), se titula «La negación del carácter jurídico del Derecho canónico». Una extrema síntesis de lo expuesto por Ibán podría ser ésta: cabe distinguir tres grupos de tesis o actitudes que se caracterizan por reputar incompatibles el Derecho y la Iglesia: la primera, el espiritualismo, señaladamente el protestante, según el cual es la misma Iglesia la que, concentrando todo su esfuerzo en la vida espiritual, renuncia a toda organización y a todo control social, dejando los problemas de régimen jurídico en manos del Estado; la segunda, el regalismo, en sus múltiples variedades y manifestaciones, caracterizado por el hecho de que es el poder político el que, contra o sin la voluntad de la jerarquía eclesiástica, irrumpie en la esfera de poder normativo de ésta, regulando materias que sólo o especialmente a la Iglesia competían; y la tercera, el positivismo estatista, teoría jurídica que vincula necesariamente Derecho y Estado, de modo que sin éste no cabe aquél, no mereciendo el nombre de Derecho la normativa emanada de organizaciones diferentes del Estado. Tras exponer los rasgos de dichas actitudes, sus manifestaciones históricas más representativas y sus defensores más característicos —con los que el autor entra en sintética polémica—, conecta Ibán esas vicisitudes con

la época presente a través de la reflexión acerca de la evolución del sentido de la expresión «Derecho eclesiástico», de identificarse éste con el canónico, se pasa a considerar que el Derecho canónico es sólo la parte del eclesiástico que establece la Iglesia Católica, comprendiendo, pues, el Derecho eclesiástico tanto el Derecho creado por dicha Iglesia como el pactado o concordado entre ésta y el Estado y el directamente constituido por éste atinente a las iglesias; para terminar siendo Derecho eclesiástico sólo esto último, es decir, el Derecho del Estado que regula el hecho religioso y las relaciones entre las iglesias, «... el conjunto de disposiciones normativas, integradas en el ordenamiento jurídico del Estado, reguladoras de las manifestaciones externas con trascendencia social del fenómeno religioso» (pág. 200); una de las concepciones sobre este Derecho eclesiástico consiste en reputarlo el Derecho regulador y protector de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia, comprendiendo, por ello, tal protección al ateísmo y al agnosticismo, si bien hay autores que se oponen a dicho parecer o que, admitiendo que el Derecho estatal deba proteger las opciones no religiosas, se niegan a admitir que tales normas protectoras pertenezcan al Derecho eclesiástico. Pero si debe señalarse en esta sede que tales actitudes ante la relación Iglesia-Estado implican la admisibilidad de la regulación por el Estado de materias en todo o en parte hasta hace poco tiempo reguladas y controladas por la Iglesia (matrimonio, enseñanza), lo que, paradójicamente, a juicio de Ibán, vulnera la libertad religiosa con el fin de obtener una igualdad a ultranza, pudiendo calificarse tal actitud de neorrealismo. Y ya se dijo que el regalismo era y es un modo de negación, parcial o total, del carácter jurídico del Derecho canónico y de la Iglesia Católica como organización jurídica. Debo añadir, a modo de complemento, que, en el seno de las réplicas del autor y de otros autores a las tesis positivistas y regalistas, se defiende siempre el carácter primario del Derecho canónico frente a quienes lo consideran como Derecho estatutario, esto es, como Derecho que recibiría la fuerza imperativa de otro Ordenamiento distinto y superior; que, frente a quienes niegan carácter jurídico al Derecho de la Iglesia aludiendo a su falta de coactividad, se ha mantenido, tras apuntar que dicha coactividad no es esencial en el concepto de Derecho, que también el Derecho canónico es coactivo; y que, frente a quienes han alegado la falta de intersubjetividad en el mencionado Ordenamiento, se defiende la tesis de que tal intersubjetividad existe, pudiendo hallarse abundantes normas jurídico-canónicas que regulan la conducta humana en sus relaciones intersubjetivas.

Se titula la sección tercera del capítulo primero «El Derecho como elemento esencial a la Iglesia. La respuesta global a las tesis negadoras. Diversas posiciones». En esta sección, más breve (págs. 242 a 285) se intenta, como se prometió (especialmente en págs. 83 y 86), no sólo reforzar la tesis de la compatibilidad entre Iglesia y Derecho (tarea que ya se abordó en la sección anterior al rebatirse las teorías negativas), sino, sobre todo, demostrar que el Derecho es *necesario* en la Iglesia (esp. pág. 243). Para ello el autor se sirve de cinco posiciones, a las que denomina convencionalmente «Escuelas», que consideran y, según ellas, demuestran que el Derecho es necesario a y en la Iglesia. La primera sería la de aquellos canonistas que sostienen que inevitablemente la Iglesia Católica debe tener un Derecho en cuanto que es

una sociedad (*ubi societas ibi ius*); escribe, al respecto, Ibán que no puede hablarse de una Escuela que fundamentalmente exclusivamente la necesidad del Derecho canónico y su carácter estrictamente jurídico en dicho argumento, pero que éste es aducido, entre otros, por todos los autores en tal sentido. La segunda posición sería la de los representantes de la tesis del *ius publicum eclesiasticum*, que conciben a la Iglesia como sociedad jurídica perfecta, concluyendo el autor que «... No existe... una respuesta autónoma desde el *ius publicum eclesiasticum*, sino que tales respuestas vienen dadas desde las modernas Escuelas canónicas» (pág. 256). La tercera posición sería la de la Escuela dogmática italiana, según la cual el Derecho canónico sería un Ordenamiento jurídico en sentido técnico, dado que regula autónomamente un cuerpo social con existencia y dotado de una unidad firme y permanente, pues —dice Ibán transcribiendo a Santi Romano— toda fuerza que sea efectivamente social y llegue, por ello, a estar organizada se transforma por eso mismo en Derecho (pág. 260); acerca de la homogeneidad de las normas canónicas, de modo que formen todas ellas un Ordenamiento, vuelve el autor a comentar la tesis de la *canonizatio*, de Del Giudice, en cuya virtud el Derecho divino queda asumido, recibido, por el canónico, integrándose en un sistema unitario y con vida propia. En las páginas siguientes se exponen la crítica de la Escuela sacramental a la tesis del Ordenamiento (esto es, crítica de Corecco a Romano) y la crítica de la Escuela de Navarra a la tesis de la *canonizatio* (crítica de Lombardía a Del Giudice). La cuarta posición, la de la Escuela sacramental mencionada, mantiene que el Derecho canónico es una disciplina teológica, a la que habría que aplicar métodos jurídicos, pero específicos, diferentes de los del Derecho secular (pág. 271), lo que merece una crítica radical de la Escuela dogmática (D'Avack critica a Corecco y seguidores) que Ibán refiere y apoya. Por último, la Escuela de Navarra (Lombardía, De La Hera, Reina, Souto), partiendo de la metodología dogmática italiana, la corrige y matiza, no aceptando sin grandes matizaciones las aludidas tesis del Ordenamiento y de la *canonizatio*, manteniendo el carácter rigurosamente jurídico del Derecho canónico y distinguiéndolo de la Teología, pero sin olvidar sus raíces sacramentales y más íntimas, lo que le ha conducido a una reciente polémica explícita, muy fecunda, con la Escuela sacramental, siendo posible, para Ibán, aunar las distintas posiciones, tarea que podría proponerse la canonística española (págs. 277 y ss., esp. pág. 285).

El Capítulo segundo, mucho más breve, se titula «La dualidad de fuentes del Derecho canónico». Parte Ibán, en la primera sección, de que un *prius* imprescindible para establecer cualquier definición de Derecho canónico es comprobar que su origen y su posibilidad misma de existencia se derivan de un hecho preciso: el que un grupo de hombres crean en un ser supremo llamado «Dios», dotado además de autoridad sobre los hombres (págs. 287 a 288). En esa autoridad se fundamenta la del Derecho canónico, manifestado mediante formulaciones humanas; pero «... dos ámbitos son susceptibles de distinción al referirse a la autoridad humana: de una parte, la autoridad humana como cauce de manifestación de la autoridad divina, y de otra parte, el ámbito propio de la autoridad humana» (pág. 289); respecto del primer ámbito alude el autor a la figura de la infalibilidad del Papa; respecto del segundo, se refiere a la necesidad de una competencia propia de la

jerarquía eclesiástica para regir la vida social de la comunidad católica, concluyendo la sección afirmando la estrecha conexión existente entre las autoridades divina y humana. En la segunda sección, cuyo mismo título alude a que el doble componente divino y humano del Derecho de la Iglesia es una consecuencia automática de la existencia de una autoridad divina y de una autoridad humana antes citadas, trata Iván Ibán de la distinción, dentro del Derecho canónico, entre Derecho divino, a su vez subdividido en positivo —contenido en la Sagrada Escritura y en la Tradición— y natural —inscrito en la naturaleza humana—, y Derecho humano. Para el autor, el Derecho divino sirve al humano de fundamento, de límite y de instancia legitimadora, y éste sirve a aquél positivizándolo y formalizándolo; ambos forman una sustancial unidad, no pudiendo el Derecho humano contradecir al divino: si un precepto humano positivo se opusiera al Derecho divino —esto es, careciera de *rationalitas*—, no sería verdadera norma jurídica, existiendo, en el Ordenamiento canónico varias técnicas utilizables para evitar su aplicación, estudiando el autor, como ejemplos de éstas, la costumbre *contra legem* y la *aequitas*, lo que no pugna con la certeza, dado que, a diferencia de lo que sucede en los Derechos seculares, la certeza en el Derecho canónico no consiste en el respeto estricto a la ley emanada del legislador humano, sino en la adecuación al fin perseguido por la Iglesia. Especialmente importantes son las páginas destinadas a desarrollar el tema, ya apuntado antes, del carácter jurídico del Derecho divino (tesis de Hervada, que se opone a la de la *canonizatio* de Del Giudice), el de la necesidad de tratamiento conjunto del Derecho divino y del humano y el de la positivización —perfeccionadora e integradora— y la formalización del Derecho divino por el humano, sin olvidar el pormenorizado tratamiento de la *rationalitas*, cuya exigencia es, según Ibán, el instrumento técnico para garantizar la adecuación de la norma al fin del Derecho de la Iglesia.

Se titula el capítulo tercero «El Ordenamiento canónico». Comienza textualmente así: «... Este tercer capítulo irá destinado a analizar el ordenamiento canónico tal y como aparece ante los ojos de un jurista. Por razones metodológicas hemos dividido este capítulo en dos partes, que son las respuestas respectivas a dos preguntas: 1.^a ¿En qué es igual el ordenamiento canónico a otros ordenamientos jurídicos? 2.^a ¿Cuáles son las diferencias del ordenamiento canónico con respecto a las restantes?» (pág. 343). En contestación a la primera pregunta, tras advertir que el Derecho canónico es Ordenamiento porque tiene voluntad de serlo, menciona y describe el autor unas notas, que él reputa convencionales, que considera propias de cualquier Ordenamiento jurídico y que también posee el canónico: tales notas son la plurisubjetividad, la normación y la organización. Cinéndome sólo a lo más destacable, señalo que escribe el autor que la normación, para ser característica de un Ordenamiento jurídico, ha de ser propia (lo que significa creación por el mismo grupo y coactividad) y sistemática. Respecto de la organización, señala Ibán que, entre otras cosas (que también se mencionan y explican), «... la noción de organización implica la existencia de una jerarquía» (pág. 355), deteniéndose en la reflexión sobre las relaciones entre los poderes de la Iglesia y los fieles y negando que tales relaciones puedan canalizarse a través de la figura de los derechos fundamentales de éstos frente a aquéllos, si bien la existen-

cia de relaciones jerarquía-fieles, así como de intersubjetividad, demuestra la presencia de organización en el Derecho canónico y, por tanto, su condición de verdadero Ordenamiento jurídico. En contestación a la segunda pregunta, alude el autor a peculiaridades que se pueden hallar en el Ordenamiento de la Iglesia que no se encuentran en otros Ordenamientos y que obedecen, no a la especificidad del fin del Derecho canónico (que, como Derecho, no tiene fines propios distintos de los de los otros Ordenamientos), sino a la especificidad del fin de la Iglesia. Tales notas son la universalidad, la unidad, la plenitud, la integridad y la elasticidad o flexibilidad. La universalidad se entiende en un sentido estático y en un sentido dinámico. Acerca de la unidad se destaca la variedad dentro de esa unidad, no pudiendo concebirse la relación Derecho universal-Derecho particular como una relación de tensión, sino como complementación necesaria. Sobre la plenitud y la integridad, calificando el canon 19 del actual *Codex Iuris Canonici* —alusivo a las lagunas de la ley— de mero instrumento técnico (págs. 403 y 404), escribe que la integridad viene derivada de exigencias de Derecho divino, pues sólo un Derecho carente de lagunas puede servir al fin social pretendido. Por último, concibe la elasticidad no sólo como adaptabilidad a diferentes circunstancias de lugar y tiempo, sino principalmente como adaptabilidad del Derecho humano —incluso eludiendo la aplicación de un concreto precepto positivo— al Derecho divino: «... la nota de la elasticidad es el mejor ejemplo de cuál es la misión del Derecho en la Iglesia: ser instrumento de la *satus animarum*; en eso, únicamente en eso, está su especial diferencia con los ordenamientos seculares; las restantes diferencias son meras consecuencias de ello» (pág. 406).

El capítulo cuarto se titula «La elaboración del Derecho canónico». En su primera parte, dedicada a la elaboración propiamente dicha, alude el autor, tras una somerísima referencia al Derecho divino, a la postedad legislativa del Romano Pontífice y del Colegio episcopal, postedad de legislación para la Iglesia universal, para pasar seguidamente a la del Obispo, que, en su ámbito, tiene postedad legislativa propia, además de que puede legislar por delegación y dispensar de la legislación universal; no olvida Ibán la actividad normativa que la comunidad de fieles puede realizar a través de la costumbre, comentando los rasgos principales de esta fuente del Derecho en el nuevo Código. Tras una reflexión acerca de la función judicial— desempeñada por el Romano Pontífice y por los Obispos—, se refiere el autor, ya en la segunda parte del capítulo, a la colaboración en la elaboración del Derecho, aludiéndose a los colaboradores del legislador y a los del juez; respecto de los primeros se tratan los órganos institucionales y no institucionales, siendo de especial interés, con relación a éstos últimos, lo expuesto acerca de la *Pontificia Commissio Codex Iuris Canonici recognoscendo*; respecto de los segundos, reflejo aquí las menciones del proceso, de la organización judicial, de los tribunales diocesanos y de los recursos.

El Capítulo quinto y último, muy breve, se titula «La Ciencia del Derecho canónico». Plantea Ibán, al modo habitual en la doctrina, el problema del método enfrentándose inmediatamente con el problema previo: ¿Cuál es la misión del jurista? Responde que ésta consiste en «... aprehender la realidad global del Derecho, reduciéndola a sistema, y coadyuvar a la realización del

ideal de justicia» (pg. 460), desarrollando seguidamente esta idea nuclear mediante la transcripción de un texto de Hervada atinente a las tareas de análisis, exégesis, conceptualización y sistematización, presididas por el fin inmanente al Derecho canónico, que son propias del canonista. Todo ello le conduce a la conclusión de que el método es puro instrumento, dependiente del concepto, siendo éste lo que ha de preocupar al jurista, pues, obtenido el concepto, «... el método aparecerá de forma automática» (pág. 464). Con la finalidad de ilustrar su posición describe muy someramente el autor las diversas posiciones metodológicas de las Escuelas canónicas contemporáneas, saliendo a colación la Escuela italiana, la navarra y la sacramental, *excursus* breve del que cabe inferir algunas especificidades del Derecho canónico que no impiden, sin embargo, la utilización de técnicas propias de los Derechos seculares: «... Si hubiéramos de resumir, en pocas palabras —escribe Ibán en página 473—, en qué consiste la polémica metodológica diríamos que hoy en día la «cuestión del método» en el Derecho de la Iglesia se reduce a determinar el límite hasta el que puede ser utilizada la metodología del Derecho secular; en donde se sitúe ese límite será el punto de diferenciación de las distintas Escuelas». Sobre este punto, tras referirse de nuevo a la función del canonista (elaboración de la norma, teorización sobre ella, enseñanza) y a las operaciones que integran el método jurídico (observación de los datos y formación de los conceptos), manifiesta Ibán, como colofón de su obra, que: «... La cuestión no es si se debe o no aplicar el método jurídico secular. El Derecho Canónico es Derecho y consecuentemente le conviene una metodología jurídica», pues «... El método jurídico debe ser aplicable a todas las realidades jurídicas» (pág. 476); lo decisivo es la consecución del fin.

Las observaciones críticas a la obra en cuestión consistirán en una reflexión medianamente detenida sobre tres aspectos del tema nuclear de la investigación de Ibán y en la mera alusión a otros muchos puntos de interés suscitados o planteados en dicha investigación. Respecto de los primeros, más que expresar mi conformidad o disconformidad con el autor, conversaré en pocas líneas con la canonística dominante o juzgaré acerca del modo en que Ibán reacciona ante ella.

El primer aspecto que me interesó vivamente, en cuanto reflejo jurídico de una postura de la jerarquía eclesiástica católica frente al problema, verdaderamente nuclear, de la vinculación entre la voluntad divina y las formulaciones de dicha jerarquía, es el de las técnicas de recepción de las normas cristianas en el Ordenamiento positivo canónico. La *canonizatio* de Del Giudice o la positivación del Derecho divino de Hervada son respuestas dogmático-jurídicas a problemas de esa índole. En concreto, la tesis del canonista español me parece, desde el punto de vista técnico-jurídico, irreprochable, pues las normas morales programáticas, aun enunciadas de manera casuística o circunstancial por Jesucristo (o los evangelistas que decían reproducir sus palabras), requieren una plasmación pormenorizada y técnica en forma de precepto jurídico. No obstante, la actitud de autores como Del Giudice, Feliciani o Hervada puede fácilmente implicar y acentuar el peligro de ecle-

siolatría propio del catolicismo (el protestantismo tiende a caer en el peligro opuesto: del mismo modo que los jueces de los tribunales de casación, al fijar de modo prácticamente irreversible la interpretación de la ley, desplazan a ésta, sustituyéndola, cabe que la jerarquía católica, amparándose en una determinada apreciación del texto de Mateo 16, 13-20, suplante el mandamiento cristiano, erigiéndose ella en filtro exclusivo de la predicación de Jesús, lo que puede suceder tanto en el campo de la formulación de normas estrictamente morales como en la de normas jurídicas; con el dato agravante de que los cambios en el seno de la jerarquía católica son más difíciles que los giros en la jurisprudencia y de que ésta puede ser afectada por una intervención derogatoria del legislador, siendo, por el contrario, improbable una intervención directa, expresa e inequívoca de Jesucristo encaminada a alterar una orientación de Roma. Que este peligro pueda ser conjurado aduciendo el mencionado texto de Mateo u otros similares es discutible, pues precisamente el alcance de esos mismos textos es punto a dilucidar. Que conste que yo no afirmo en estas líneas que tales hechos acaezcan o hayan acaecido, pues una revista jurídica no es la sede apropiada para la reflexión teológica; pero como jurista me reputo obligado a indagar el trasfondo ideológico y las connotaciones sociales de normas o construcciones jurídicas: si no lo hago, no colaboraré eficazmente en la irrenunciable tarea de hacer inteligible el Ordenamiento, en este caso el canónico, merecedor de que, reputándosele objeto de atención, se le explique en sus causas y en sus fines, los confesados por sus autores y los sospechados, acertada o erróneamente, por sus adversarios. En esta misma línea y como hace un momento se apuntó, vemos con frecuencia en el texto de Ibán cómo los apoderados no sólo actúan y ordenan en nombre del Poderdante (lo que es perfectamente comprensible y necesario), sino también cómo determinan el alcance y los límites del apoderamiento basándose sólo en los textos no inequívocos en los que éste se confiere o en declaraciones anteriores de los propios apoderados. Lo que no califico en este lugar de hecho positivo ni de negativo, sino de hecho que merece ser destacado y explicitado, siquiera sea de pasada, en el seno de una reflexión que tome en serio —esto es, críticamente— el fenómeno católico, por ejemplo —y es ahora mi caso— desde una perspectiva jurídica. No se olvide que la Historia de los grandes cismas acaecidos en las Iglesias cristianas —ayer y hoy— versa precisamente sobre las diferentes reacciones producidas ante este problema: la Iglesia Católica la tuvo y la tiene y las técnicas jurídico-canónicas precedentemente comentadas (estoy más cercano de la de Hervada que de la Del Giudice) son una manifestación o un reflejo de dicha reacción.

El segundo aspecto que deseo resaltar es el atinente a lo que Ibán denomina «neorregalismo». En su opinión, constituye una modalidad de regalismo, propia de nuestros días, el hecho de que el Estado regule, por ejemplo, el matrimonio o la enseñanza, campos que, según él, deberían dejarse en cierta medida (si existiese un verdadero Derecho eclesiástico estatal, defensor de las libertades más que de la igualdad) a las distintas iglesias (especialmente, págs. 223 y ss.). A mi juicio, Ibán tiene razón en la medida en que matrimonio y enseñanza sean asuntos ajenos a los intereses y a la misión del poder político secular, en la medida en que el Estado, consciente de que las

diversas respuestas personales al problema de la trascendencia son las pautas fundamentales que deben inspirar la regulación de la vida social, deba resignarse, respecto de los cauces de formación y desarrollo de la personalidad humana, a un mero *laisser faire*. Dicho de otro modo, Ibán acierta si matrimonio y enseñanza son un tema comparable al de las velas y los altares (escojo este ejemplo del regalismo josefinista —pág. 119—). El problema del autor y de muchos de sus compañeros canonistas consiste en obstinarse en no reconocer estas diferencias, en pretender para la Iglesia Católica y su Derecho un lugar y una función que no pueden hoy ser los suyos: se revela así nítidamente el valor ideológico ultraconservador y tendencioso del término «regalismo» en cuanto que implica la convicción de que a la Iglesia Católica le corresponde un poder social que ninguna otra potestad debe interceptar, sino facilitar y proteger, siendo, por ello, misión del Derecho del Estado —llámese «eclesiástico» o no— amparar las libertades de las diferentes iglesias y dejando, por ello, campo libre a la única iglesia que, de hecho, puede hacerlo —la Católica— para regular aspectos básicos de la vida humana y social: la batalla por la consideración del Derecho canónico como Ordenamiento primario y autónomo, y no como estatutario, responde a esa actitud y es coherente con ella. Obsérvese que los canonistas en cuestión no se conforman con que el Derecho del Estado permita a la Iglesia Católica regular, por ejemplo, el matrimonio en su ámbito interno, sino que consideran que el Derecho del Estado debe contemplar la entrada en liza del canónico, regulando éste los aspectos fundamentales del matrimonio y defendiendo, por tanto, en el plano jurídico —en el único plano jurídico posible— los principios de la unidad y de la indisolubilidad; y ello en aras de la libertad religiosa Al margen de que tal concepción implica la provocación de un durísimo combate por el control social —combate en el que *ahora* se esgrime la libertad como arma (libertad que, por cierto, no es atacada en cuanto libertad *religiosa*)—, la cuestión de fondo, estrictamente teológica (pero insoslayable, como se verá), es ésta: ¿Qué repercusión personal y social ha de tener el suceso inefable existencial, íntimo, de la Fe? ¿Es sensato, en 1985, proponer que ésta pueda conllevar pretensión de constitución y mantenimiento de mecanismos coercitivos de control social que se disputen la regulación de la comunidad política con los emanados de la voluntad popular? A esta pregunta probablemente el profesor Ibán me objetaría que estoy sugiriendo una opción espiritualista, lo que me obligaría a invitarle a reflexionar —acompañado, por supuesto, de la mayoría de los canonistas españoles e italianos, menos de los germánicos— acerca de su concepción del hecho cristiano. Llegados a este punto, ruego al lector que se reputé jurista puro —a ese especialista del seguro o del urbanismo antes mencionado—, que no se espante ante el cariz de la discusión, pues no me alejo ni un centímetro del Código civil: cuando el párrafo 2º del actual artículo 63 del citado cuerpo legal —reforzado por otros preceptos concordantes y no suficientemente desmentido por el artículo 80— instaura, con algunas restricciones, en 1981 en España un sistema matrimonial electivo o facultativo de corte «anglosajón» o «protestante» (en terminología canonística beligerante), esto es, un sistema de matrimonio civil obligatorio con libertad de formas, el Estado español comete, según se desprende de tesis como la de Ibán, neorregalismo: el Derecho civil español debería, según esa

tesis, haber permitido a los católicos un matrimonio *civilmente* indisoluble. El punto clave es que el Derecho civil no obstruye la indisolubilidad del matrimonio en el plano moral de los cónyuges creyentes (partidarios de esa norma moral) ni en el campo jurídico interno de la Iglesia Católica: lo único que hace es no concederle relevancia jurídica civil. Dicho lo cual, ¿quién pretende invadir a quién? ¿Nos hallamos de nuevo, prof. Ibán, ante las velas de S. M. José II? Omito en esta sede, por ser materia ajena al punto controvertido, mis opiniones acerca de si el denominado sistema matrimonial «latino» o «católico» es acorde con el artículo 14 de la Constitución y si la indisolubilidad del matrimonio es compatible con el artículo 10 del citado texto fundamental. Por no hablar de la perpleja y semiesquizoide situación (ésta sí prevista en nuestro Código civil, en sus artículos 49, 59, y 60) de quienes, contrayendo matrimonio en el templo católico, declaran inevitablemente al mismo tiempo y en el mismo acto, con eficacia jurídica inmediata en los ámbitos civil y canónico, querer dos modos de relación matrimonial incompatibles entre sí: el soluble del Código civil (arts. 85 y ss.) y el indisoluble del *Codex Iuris Canonici vigente* (Cánones 1.055, 1.056, 1.134 y 1.141), Código este último claramente inspirado en la concepción que Ibán defiende: atiéndase al inciso final del canon 1.059: toda la regulación del matrimonio entre católicos es competencia canónica, «... *salva competentia civilis potestatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus*», actitud más atenuada y difusa se detecta sin embargo, en el artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979: ¿Para qué su sensato y precavido número 3, si no sospechase entonces Roma que triunfaría, dos años más tarde, el «neorregalismo»?

El tercer aspecto en el que deseo fijar la atención guarda estrecha relación con algo de lo que acabo de escribir: obsesionada la jerarquía eclesiástica con el mantenimiento del poder social, insiste sobre el carácter estrictamente jurídico del Derecho canónico, que pretende presentar como algo distinto de la moral católica y como algo diferente de una normativa que resulta acogida por el Derecho secular sólo en la medida en que éste lo permite, esto es, como un Derecho estatutario: para la canonística, el Derecho de la Iglesia es verdadero Derecho y Derecho primario y autónomo, dotado de autoridad propia, no siendo, además, concebible la Iglesia sin el Derecho sin ese Derecho por ella promulgado. Pues bien, la reflexión acerca de si el Derecho canónico es o no Derecho —reflexión que Ibán refleja en abundantes páginas relatando (y tomando parte en) las intensa polémicas acaecidas con ocasión del espiritualismo, el antes comentado regalismo o el positivismo estatista— es muy fecunda para cualquier jurista. Y lo es porque conlleva el replanteamiento del concepto del Derecho desde la perspectiva analítica de sus elementos componentes o de sus pretendidos y convencionales requisitos esenciales: no juzgo necesario repetir aquí la importancia de problemas —que el autor aborda con precisión y agudeza— como el de la intersubjetividad o el de la coactividad, por ejemplo. O la del problema, básico y previo, del método, verdaderamente científico, para hallar dicho concepto, pues la operación consistente en detectar cuatro o cinco notas en el Derecho positivo de una determinada época o zona geográfica que nos sirven para sostener que todo conjunto o sistema normativo con eficacia social que carezca de alguna

de tales notas no es Derecho, es una operación científica inadmisible: en eso estoy de acuerdo con Ibán. Como lo estoy asimismo acerca de que el Derecho canónico es verdadero Derecho, lo que no significa que yo defienda que deba serlo o que es conveniente que lo sea o que el Derecho canónico exista o exista del modo que hoy existe.

Otros muchos temas merecen ser traídos a colación a propósito de la espléndida obra de Ibán, pero la necesidad de dar fin a esta *Nota crítica* me impide a eludir ahora su tratamiento. Sólo me limito, pues, en estas líneas finales de mi pequeño estudio a expresar mi sincera admiración por la calidad y el talante intelectual de la monografía (si cabe calificarla de tal): todo o casi todo en ella se cuestiona y el hecho de que yo disienta de la mayor parte de las afirmaciones que se hacen no empece mi juicio altamente positivo. Y concreto esta aseveración aludiendo, por ejemplo, a la singular maestría con que, en páginas 82 y ss. —especialmente en págs. 108 a 110—, se describen, relacionan y distinguen protestantismo y regalismo; con que, en páginas 326 y ss., se aborda el significado de la *rationabilitas* como vehículo de adecuación del Derecho humano al divino; o con que, en págs. 331 y ss. y 404 a 406 se describe el principal sentido de la elasticidad como nota característica del Derecho de la Iglesia. Acertada y conveniente también la distinción entre *status* y «condición jurídica» (págs. 360 y ss.) y brillante —aunque yo disienta de muchas de las aseveraciones hechas— el tratamiento del tema de los derechos fundamentales, a los que se les aleja de las relaciones entre fieles y jerarquía, relaciones regidas por una compleja organización que demuestra cumplidamente el carácter jurídico del Ordenamiento canónico (páginas 370 y ss.); muy peligrosa, a propósito de lo dicho, me parece la afirmación del autor, contenida en páginas 387 y 388, de que «... el tema de los derechos fundamentales nada tiene que ver con la juridicidad de un ordenamiento, pues resulta evidente que existen y han existido ordenamientos jurídicos en los que se ignora tal categoría...»; añadiendo que «... el tema de los derechos fundamentales no es un tema «jurídico», sino, en último extremo, «político». Texto que, perfectamente defendible desde un punto de vista dogmático, requeriría importantes matizaciones en un jurista no positivista como Ibán. Matizaciones que debieron hacerse, del mismo modo que debió evitarse la semiidentificación de *Volksgeist* y voluntad popular (página 248) (parece un mero descuido en la formulación) o que debió dedicarse más espacio y esfuerzo al quinto y último capítulo (págs. 459 y ss.), atinente al método: aun participando de la opinión del autor de que el método depende directamente del concepto y aunque éste se trató abundantemente en todo el resto de la obra creo que, sobre todo a la vista de la parquedad del tratamiento del problema en la doctrina canonística española, éste pudo, en una obra de la importancia de la presente, ser meditado más extensa y detenidamente, acudiendo Ibán, como nuevo Del Giudice, a estudios del Derecho secular.

Censuras éstas que no impiden sino que confirman la singular calidad de la obra, abundantemente documentada y sólidamente construida, fiel exponente de la madurez y de la personalidad de su autor, así como de su posición profundamente crítica ante fenómenos sociales de particular relevancia. No es difícil advertir que, con frecuencia, es la sociedad española actual, y

no el Derecho canónico, el objeto observado, con cierto distanciamiento intelectual, por Ibán, que, con actitudes y lenguaje de escritor novecentista (interés por la perfección, rigor en el razonamiento, commiseración ante el apasionamiento, elegancia extrema en el uso del idioma, etc.) pretende —aunque no lo confiese explícitamente— un determinado modelo de sociedad y de convivencia, cuyos rasgos ya había trazado, en parte, el mismo Ibán en importantes estudios precedentes de Derecho matrimonial y de Derecho eclesiástico.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

E. CALO y T. A. CORDA: «*La multipropiedad. Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras*». Traducción e Introducción de Derecho español de J. M. DE LA CUESTA SAENZ. EDERSA, Madrid, 1985, 158 pp.

Tras una serie de trabajos publicados por estos dos autores en los últimos años (*Vid. refs. en pp. 78, nota 50, y 80, nota 62*), defienden en este libro —no sin cierto ardor polémico— la tesis divulgada por el primero de ellos, Emanuele Caló, en la doctrina italiana, esto es, la tesis de la plena propiedad cíclica (*Vid. Multiproprietà: la proprietà ciclica*, en «Temi Romana», 1983, 2, pp. 278 y ss.). Y para ello revisan críticamente y descartan las demás concepciones posibles del fenómeno.

Así, estudian, ante todo, los inconvenientes que se derivan de la comunidad de bienes en la que, si bien cabe el disfrute por turno de determinadas partes del condominio, la protección de los intereses de los adquirentes de la multipropiedad tropieza siempre, de una parte, con la duración limitada del pacto de indivisión y, de otra, con la falta de trascendencia real del reglamento interno de la comunidad (Caps. I, II y III, pp. 1-57).

En segundo lugar, se ocupan del pretendido derecho real atípico, que ha sostenido con gran rigor G. Caselli (*La multiproprietà*, Milán, 1984), hipótesis que, aun cuando parece admisible a los autores por el carácter eminentemente ideológico del *numerus clausus* de derechos reales, se debe desestimar a su juicio, por la inexistencia, por definición, de un derecho de dominio del que se pueda desmembrar la facultad de habitación intermitente que es propia de la multipropiedad (Cap. IV, pp. 59-80). Por eso, estiman los autores que el supuesto no se da, en realidad, en el caso de la casa-albergue de destino hotelero (Cap. VII, pp. 119-121).

En tercer lugar, examinan la posible constitución de una sociedad entre los adquirentes de multipropiedad, o su participación como socios en la entidad encargada de la gestión, cuyo rechazo se debe, no tanto a la falta del fin de lucro que caracteriza a dichas sociedades, sino, sobre todo, al difícil problema de vincular el derecho al bien con la cualidad de socio (Cap. VI, pp. 111-117).

Por último, concluyen los autores que, admitida la temporalidad del dominio, nada obsta a que la multipropiedad se conciba como una *specie* dentro del *genus* de la propiedad temporal, la cual admite, en su opinión, una doble explicación, «sea como derecho de propiedad exclusiva *ab initio*, sea como resultado de la división en el tiempo» (Cap. V, pp. 81-110, esp. 103). He aquí, pues, el germen de la propiedad cíclica.

Completa el trabajo una exposición sumaria de las principales experiencias extranjeras, a saber: las *sociétés d'attribution* previstas por la vigente Ley francesa de 16 de julio de 1971, las diversas modalidades surgidas en la *praxis* del Derecho angloamericano y el derecho de *habitaçao periodica* regulado por el Decreto-Ley portugués de 31 de diciembre de 1981 (Cap. VIII, pp. 123-154).

En fin, es sabido que el tema se ha discutido entre nosotros y se han planteado estas mismas posibilidades teóricas y consiguientes dificultades prácticas. Recoge bien el *status quaestionis* J. M. De la Cuesta en su equilibrada *Introducción* al libro que reseñamos (pp. XIII-XXI). Es de notar que, tras el reciente estudio de J. Roca Guillamón (*Consideraciones sobre la llamada «multipropiedad»*, en «RDN», 117-118 (1982), pp. 291 y ss.), se puede decir que prevalece en nuestra doctrina la idea de la propiedad dividida en el tiempo, con la que viene a coincidir, como advierte De la Cuesta, la tesis de la propiedad cíclica que mantienen los autores italianos en esta obra (p. XX). De aquí que sea oportuna y de interés la pulcra traducción que él mismo nos ofrece.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

FELIX LOPEZ, Antón: «Créditos a interés variable. Su régimen jurídico». Ed. Montecorvo; Madrid, 1985, 615 pp.

1. La obra de López Antón nos introduce en el estudio de una operación bancaria nacida en la práctica del sistema financiero internacional en la última década (los «floating rate loans») que comienza a tener una relativa presencia en nuestro mercado interior.

El crédito a interés variable es una técnica financiera caracterizada por la previsión contractual de un mecanismo de referencia, que permite la determinación del tipo aplicable a diferentes períodos de interés durante la vigencia de la relación crediticia. Es esta particularidad en la que se halla su diferencia estructural respecto de las tradicionales operaciones activas de crédito a interés fijo concertadas por las instituciones bancarias.

La técnica del interés variable va íntimamente unida a la concesión de crédito a medio y largo plazo. En períodos como el actual caracterizado por fuertes tensiones inflacionistas, que originan importantes oscilaciones en el precio del dinero, la adopción de un mecanismo como el del interés variable, evita el riesgo a los prestamistas de verse obligados, durante largos períodos de tiempo, a satisfacer tipos de interés superiores a los que en la práctica se van fijando en la evolución posterior del mercado. Por su parte, este sistema permite a la banca salvar el riesgo inverso, y facilita al mismo tiempo la concesión de crédito a plazo prolongado, por medio de operaciones de corto sucesivamente encadenadas.

2.—De igual modo que sucede respecto de otras operaciones típicamente bancarias, el crédito a tipo de interés variable carece de una cobertura normativa específica en nuestro Ordenamiento. Partiendo de esta base, el autor, a la luz de las normas generales sustantivas existentes en nuestro Derecho,

centra su estudio en el análisis de la práctica bancaria general y en el examen de algunas comunicaciones (siempre de naturaleza normativa dudosa) dirigidas por el Banco Emisor a las entidades de crédito y ahorro (en concreto la Circular del Banco de España núm. 12/81 de 24 de febrero).

El autor afronta el tratamiento jurídico de esta figura desde una perspectiva amplia, que excede de los límites del estudio monográfico a que el título de la obra induce inicialmente. En ella no sólo se realiza el estudio de la disciplina propia de la variabilidad del interés como cláusula contractual y elemento en que radica la especialidad de la operación, sino que de forma conexa se ofrece al lector un extenso examen de los tipos contractuales que, a juicio del autor, sirven de sustrato a la operación crediticia en la que se inserta aquella técnica; fundamentalmente los contratos de mutuo y de apertura de crédito, siendo este último el que más directamente toma el autor como objeto de su estudio.

Siguiendo la sistemática tradicionalmente adoptada en análisis de las obligaciones y contratos, el autor realiza el estudio de la relación jurídica de crédito descomponiendo los elementos que la integran en conexión con las diferentes fases de su proceso biológico. Así, previo examen de la naturaleza jurídica de la operación y de las partes que en ella intervienen, se dedica en la obra un conjunto de capítulos a las siguientes materias: formalización y documentación del contrato; su objeto; el tipo de interés; las obligaciones de las partes y los pagos; el incumplimiento de las obligaciones y su exigibilidad; y por último las causas de extinción. De todos ellos únicamente procede dejar constancia, a los efectos de esta recensión, de algunos de los aspectos tratados en la obra en los que la variabilidad del interés tiene una mayor significación sobre la relación de crédito.

3.—Tras unas primeras páginas introductorias sobre los antecedentes, origen y causas del nacimiento y desarrollo de esta técnica crediticia, el autor pasa seguidamente a analizar la naturaleza jurídica de los contratos de préstamo y apertura de crédito, en cuanto estructuras materiales en que aquella se produce.

López Antón se alinea no sin algunas consideraciones críticas formuladas en este punto por Jordano (*La categoría de los contratos reales*, Barcelona 1958, págs. 133 y ss.), con la doctrina mayoritaria en la consideración del carácter real del préstamo atribuido por el artículo 1.740 del C. c. Por lo que respecta al espinoso tema de la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, el autor hace repaso de las teorías que en este orden han sido aportadas, tanto por nuestra literatura científica, como por la extranjera. Así, comenta brevemente y rechaza las tesis que han visto en la apertura de crédito la existencia de una relación obligacional asimilable al mutuo (en este sentido vid. por todos Romano «Dell'apertura di credito» en *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1969, I, pág. 479), como aquellas de carácter mixto que ven en la apertura de crédito un contrato preparatorio de préstamo —pacto de mutuo dando— (entre otros, Donadio «Sulla natura giuridica dell'apertura di credito», *BBTC*, 1937, I, pgs. 43 y ss.). En definitiva, el autor se decanta por la tesis mantenida inicialmente en nuestra doctrina por Garrigues (*Contratos bancarios*, Madrid 1975, págs. 191 a 194). En ella se pone de relieve el carácter autónomo y unitario del contrato de apertura

de crédito, en el que las disposiciones realizadas por el acreditado durante su vigencia no son más que actos de ejecución de un contrato perfecto en sí mismo.

4.—Es de destacar por su contenido el capítulo que se dedica en la obra al estudio de las partes interviniéntes en la operación de crédito. Y ello, porque el autor va a tomar como presupuesto a lo largo de su trabajo el hecho de que la parte acreditante esté constituida por una pluralidad de bancos formando un consorcio o sindicato. López Antón justifica este planteamiento por iniciarse en la práctica el desarrollo del crédito a interés variable bajo la fórmula de la sindicación.

La figura del sindicato bancario tiene su origen en el mercado financiero angloamericano, cuya trasposición a nuestro Derecho se hace difícil a efectos de catalogación jurídica; máxime si tenemos en cuenta que no disponemos de una regulación específica de los contratos de unión de empresas a diferencia de lo que ocurre en otros Ordenamientos (los *consorzi* en Italia o las *Vereine* en Alemania). Sin duda, como apunta el autor, es en algunos aspectos difícilmente reconducible al régimen jurídico de la Comunidad de bienes, previsto en nuestro Código civil. Su estructura seudocorporativa (Bancos directores, Bancos de referencia, Banco agente) basada en el régimen de mayorías, así lo pone de manifiesto. Por otro lado, tampoco parece posible su subsumpción bajo el concepto de sociedad, en cuanto que no es esta la finalidad perseguida por las partes en su constitución, las cuales siguen manteniendo en la práctica su individualidad con respecto a la operación, ni cubre esta figura adecuadamente los requisitos que integran en nuestro Derecho aquel concepto (arts. 1.665 C. c. y 116 C. com.).

López Antón se inclina por considerar al sindicato o consorcio bancario como un contrato de colaboración, que a nuestro juicio acaso podría quedar incluido en la categoría de los contratos normativos parasocietarios.

Al tratar de la estructura o composición del sindicato, la obra pone de relieve la destacada posición que ocupa el Banco agente en la relación de crédito. Por la índole de sus funciones, no parece que, a pesar de su denominación (traducción literal del término inglés «Agent Bank»), pueda verse en él al agente propiamente dicho, según ha venido siendo definido el contrato de agencia por la doctrina. El autor, después de revisar otras hipótesis sobre el fundamento de su intervención, se decide resueltamente por considerar al Banco agente auténtico comisionista en la realización de sus facultades de actuación.

5. Siendo elemento esencial el tiempo en toda relación de crédito, señala el autor la mayor significación que alcanza en este tipo de operaciones. En el crédito a interés variable, aunque existe un único crédito cuya duración es la estipulada en el contrato, a efectos de la prestación de intereses ese crédito único se descompone en tantos como disposiciones haya realizado el acreditado, cada uno de ellos por un importe idéntico a la cuantía de aquéllas, y de duración igual al período de interés que corresponda a cada una de esas disposiciones. Cabe, por tanto, el supuesto de que coexistan varias disposiciones a distinto período de interés. En definitiva, esta técnica buscaría someter a plazo las disposiciones con aplicación de un tipo de interés fijo para cada una de ellas.

López Antón destaca la mayor autonomía que este mecanismo dota a las distintas disposiciones dentro del marco de la relación de crédito. Sin embargo, como se apunta en la obra, se trata más de una autonomía de naturaleza económica que jurídica. Los problemas que induce esta estructura dentro de la apertura de crédito son fundamentalmente, a juicio del autor, los que derivan de las obligaciones de pago del acreditado. En este punto se hace referencia a problemas de imputación de pagos (donde se dedican unas líneas al siempre interesante tema de la consolidación de los períodos de disposición) y al juego de las amortizaciones dentro del esquema general de la operación.

6.—Para finalizar, conviene señalar (según se dejó indicado más arriba) que el hecho de que la parte acreditante esté integrada por un consorcio o sindicato bancario no determina, en la experiencia del tráfico, la pérdida de individualidad de cada una de las entidades que lo forman respecto de la operación de crédito. Su posición frente al acreditado varía de unos casos a otros, dependiendo del reflejo que se haga de los pactos de sindicación en la relación de crédito.

López Antón subraya, a lo largo de la obra, la importancia de esta cuestión en el régimen de desarrollo y efectividad de las obligaciones que sindicato y acreditado contraen en el marco de la relación crediticia. A este respecto, el autor, tomando como base la práctica contractual habitual en la sindicación bancaria, se inclina por sostener la naturaleza mancomunada del derecho de crédito frente al acreditado; mancomunidad que podrá ser, en el caso de la apertura de crédito, activa (de acreedores) o pasiva (de deudores), según el momento o fase de ejecución en que se halle el contrato.

7.—En definitiva, la obra nos presenta un tema de máxima actualidad dentro del derecho de la actividad bancaria. En ella se ofrece al lector un pormenorizado análisis del funcionamiento en la práctica de esta fórmula crediticia, al mismo tiempo que se aborda con decisión la difícil tarea, cada día más frecuente en el derecho mercantil actual, de vestir con el ropaje jurídico doméstico figuras y relaciones jurídicas nacidas en sistemas de Derecho de fundamento diverso del nuestro.

Fernando OLEO BANET

GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel: «El legado de cosa ajena». (Estudio sobre las disposiciones "mortis causa" a título singular en el Código civil). Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.

La importancia de esta monografía no radica solamente en el título ya de por sí sugestivo de el «Legado de cosa ajena», sino que bajo tal denominación se esconde un complejo trabajo de investigación que magistralmente la autora ha logrado dotarle de una sistematización perfecta, una abundante casuística y una perfección conceptual que muy difficilmente podrá superarse teniendo sobre todo en cuenta que como en el prólogo indica el Dr. Roca Juan, tal trabajo en su día constituyó la tesis doctoral de la autora. Incardinado

«El legado de cosa ajena» en materia de sucesión testamentaria, se nos dice que el legatario sucede a título particular, art. 660 C.c., sin embargo el legado de cosa ajena constituye uno de los casos en los que el legatario no sucede al testador; puesto el acento del concepto de legado en la idea de adquisición o atribución de bienes mortis causa, según el art. 668 C.c. en el legado de cosa ajena no se origina una adquisición de bienes hereditarios, ya que si el heredero gravado acepta la herencia pura y simplemente puede responder del cumplimiento del legado con su propio patrimonio; pero a pesar de todo ello, el legatario siempre participa en el complejo de la sucesión mortis causa en cuanto que su derecho deriva de la disposición mortis causa ya directamente, si el testador dispone de bienes propios a su favor, o indirectamente, si constituye una situación obligatoria entre gravado y favorecido que no existía en vida del causante y que surge a su muerte. Esta dualidad de efectos que suele ofrecer la disposición a título singular, responde a la doble eficacia directa o real y obligatoria con que están configuradas las mandas en el Código civil y a través de ella, la autora intenta averiguar que preceptos que aparecen como «generales» son aplicables a una u otra categoría de legados, así como determinar en qué supuestos la disciplina prevista como específica para un tipo concreto de legado cede o no ante lo que es reflejo de un principio general. Y todo ello examinando los diversos «tipos» de legados de cosa ajena a que puede conducir la rica y caprichosa voluntad del causante.

Desde el punto de vista de su presentación el libro está dividido en siete capítulos aun cuando en su exposición sistemática se destacan, los tres primeros que tienen un alcance general y cuya finalidad es delimitar conceptual e históricamente esta figura de disposición mortis causa, a los cuales sigue el estudio particular de cada uno de los diferentes tipos de legados sobre cosa ajena tipificados por el legislador: así legado de cosa perteneciente a un extraño a la sucesión, art. 861 C.c. o legado de cosa ajena estricto sensu; legado de cosa perteneciente al heredero o a otro legatario art. 863 C. c.; legado respecto de cosa en la que el testador tiene sólo una parte, art. 864 C.c., dedicando especial interés en la configuración del legado de cosa ganancial y finalmente legado de cosa propia del legatario favorecido. Todos ellos acompañados de una bibliografía abundante y muy documentada haciendo gala la autora tanto de un profundo conocimiento de las fuentes jurídicas romanas donde ya se encuentran algunos de los criterios interpretativos de la voluntad del testador en atención al objeto y la finalidad del legado, recibidos directamente por las Partidas, como de la doctrina elaborada por los estudiosos del Derecho común, nada extraño teniendo en cuenta el gran fondo bibliográfico del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. En cuanto a los antecedentes inmediatos de nuestro Código civil, es de reseñar la especial atención que dedica al Proyecto de 1851 no sólo porque su conocimiento resulta imprescindible como señala el profesor Lacruz, para averiguar «la voluntad legislatoria», sino porque la sistemática en él seguida, es idéntica a la que recoge nuestro C.c. en la rúbrica de «Mandas y Legados». Lo mismo cabe decir de los principales Códigos europeos tanto anteriores como posteriores al nuestro y en general del Derecho Comparado. Termina su estudio con un índice completo de la Juris-

prudencia citada, sin embargo, lo que no va acompañada es de un índice bibliográfico tal como es habitual en este tipo de trabajos.

Teniendo en cuenta que el legado regulado en los arts. 861 y 862 C.c. tiene presupuestos de validez particulares que no concurren en los otros tipos de legados de cosa ajena del testador, comienza la Dra. González su estudio reseñando cómo esta disposición mortis causa se basa, en la publicidad que el testador tiene de imponer obligaciones a sus sucesores para que sean cumplidas después de su muerte, y de otra, en la irrelevancia de la imposibilidad meramente subjetiva para el surgir de la obligación testamentaria. Partiendo de estas dos premisas llega a formular cuáles son los presupuestos de validez del legado de cosa ajena. Uno es puramente subjetivo que consiste en el conocimiento de la alienabilidad de la cosa; el otro, está relacionado con la legitimación concedida al testador para crear obligaciones post morten a cargo de los que le suceden y que ahora significará la voluntad de imponer la obligación precisa para conseguir el resultado final de proporcionar al legatario-beneficiado la cosa gravada, de ahí que tal obligación haya de tener por objeto una prestación posible física y jurídicamente. Cuestiones que afectan directamente al testador en cuanto causante de la propia disposición testamentaria y a la naturaleza de la obligación impuesta al gravado.

El legislador, aunque limita los presupuestos de la interpretación de la disposición testamentaria como legado de cosa ajena al hecho de conocer la alienabilidad no hay duda que existe para la autora una concordancia entre lo dispuesto por el artículo 861 C.c. con las normas generales sobre interpretación del testamento⁶, de donde se deduce que tenga su importancia la determinación del momento en que debe apreciarse esa alienabilidad como el de si su ignorancia debe determinar necesariamente la nulidad del legado. Parte la autora de que para la constitución de la obligación, teniendo su fundamento en la voluntad del testador, exige precisar los sujetos, tanto activo como pasivo; la determinación de éste, se lleva a cabo bien por el propio testador, cuando grava con ella al heredero o legatario, art. 858 C.c. o por la Ley, considerando gravados mancomunadamente a todos los herederos en proporción a sus respectivas cuotas, art. 859 C.c., resultando de ello un régimen jurídico diferente.

Acepta como válida la postura tradicional o romanista de que el heredero adquiere tal cualidad con la aceptación de la herencia cuyos efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante art. 989 C.c. y que el heredero no sólo se subroga en el lugar del causante en todos los derechos y obligaciones que no se extinguieren con su muerte art. 657 y 661 C.c. y ello como consecuencia necesaria de la aceptación, sino también en la obligación de cumplir los legados; y el legatario-sujeto activo en cuanto acreedor de la obligación derivada del legado, adquiere su derecho a este, desde la muerte del testador, sin necesidad de aceptación, pero con derecho a repudiar, art. 881 C.c. De lo expuesto puede resultar que, uno de los términos de la obligación —el activo— se constituye inmediatamente de la apertura de la sucesión, en cambio el gravado o —heredero—, no es deudor hasta que acepte aún cuando entonces lo sea con efecto retroactivo, lo que la lleva a considerar que entre el momento de la delación del legado y el de la concreción del sujeto pasivo, existe un período de tiempo durante el cual puede plantearse la duda de si se ha cons-

tituido o no la relación obligatoria. Llegando certeramente a la afirmación de que si bien se puede originar una indeterminación transitoria del titular de la herencia —sujeto pasivo— no impide que el legatario pueda obtener con cargo a la misma, el pago de su legado y el que no pueda exigirlo inmediatamente, deriva no del hecho de carecer de un derecho cierto, sino que encuentra su explicación en el propio sistema de liquidación de la herencia y en la necesidad de anteponer a los intereses del legatario la satisfacción de los de aquellas otras personas, como pueden ser los legitimarios y acreedores hereditarios, pero gozando ya antes de que el heredero acepte o no haya heredero, de un conjunto de garantías de la más variada naturaleza.

Una de las cuestiones que preocupa a la Dra. González es la configuración de la obligación del gravado ya que según el párrafo 1º del art. 861 el obligado con un legado de cosa ajena «deberá adquirirla para entregársela al legatario y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación». Del examen del articulado de algunos Códigos civiles europeos se llega en la monografía a la siguiente conclusión: los que exigen el conocimiento de la alienabilidad para la validez del legado dirigen la prestación a la cosa misma en los límites de su justo valor; en cambio, en aquellos otros que consideran válido el legado aunque el testador ignore la alienabilidad, prima la atribución de un valor determinado por referencia a la cosa designada por el testador. Como antecedente de la actual regulación, García Goyena considera que la entrega de la justa estimación en lugar de la cosa ajena es una excepción al principio de identidad del pago.

¿A cuál de los dos se refiere nuestro sistema jurídico?

Para contestar a esta interrogante cuestión no del todo baladí, pues parece que necesariamente tenía que inclinarse por la primera de ellas, intenta ofrecer una explicación de la naturaleza jurídica de la obligación del gravado apartándose en su calificación de la configuración que por la doctrina se hace de ella, sosteniendo con gran ecuanimidad que con base en la evolución histórica del legado, se está ante una obligación única consistente en adquirir la cosa legada y transmitirla al legatario, obligación que en cuanto a sus requisitos objetivos, se rige por las reglas comunes a toda obligación: por ello la cosa legada ha de existir en el momento en el que se constituya la obligación —apertura de la sucesión—, ha de ser posible y estar en el comercio, artículos 865 y 1.271 C.c. La entrega de la justa estimación se permite no cuando falta alguno de esos requisitos, sino cuando presupuesta su existencia, el gravado encuentra un impedimento subjetivo o relativo para cumplir la disposición en los términos previstos por el testador, y, sí en estos casos, la entrega de la justa estimación supone una gravación o una attenuación de la responsabilidad normal de todo deudor. No suponiendo, a pesar del origen mortis causa de la obligación y su carácter gratuito una excepción a los principios generales en materia de obligaciones: en cuanto que el legado de cosa ajena sería una solución tipificada para el supuesto de que si la prestación no pueda cumplirse «*in natura*», se reduzca al equivalente de su primitiva onerosidad.

Intimamente relacionado con el tema de la naturaleza de la obligación, está el de su cumplimiento; el gravado para ello puede adoptar dos modalidades: Adquirir para entregar o bien entrega de su justa estimación, existien-

do sin duda dos intereses en juego: el del gravado que puede cumplir como quiera, y el del legatario que es indiferente ante las gestiones del heredero de ahí que la autora se pregunte hasta qué punto la aceptación del legatario supone una liberación del heredero? Ello teniendo en cuenta que el gravado está obligado a proporcionarle la propiedad de la cosa legada y que si el legatario sufre evicción, podría ejercitarse las acciones correspondientes, por ello tiene importancia todo lo referente a qué es lo que tiene que recibir, en qué momento y en qué lugar. Así como si son aplicables a los legados de cosa ajena las normas sobre en qué estado debe entregarse la cosa legada contempladas por el legislador para los legados de cosas específica y determinada propias de aquél.

Solución afirmativa adopta para las accesorias y mejoras en base al artículo 883 C.c. y en relación con los gravámenes, sienta también la regla general en principio igual que la seguida en el Derecho italiano de que el legatario recibe la cosa con los gravámenes que existan sobre ella, arts. 867 y 868 C.c. y en relación con los frutos, entiende acertada la tesis que mantiene aplicable al legado de cosa ajena lo dispuesto en el art. 884 para el legado de cosa genérica o de cantidad. Como colofón a este apartado se plantea el tema de la responsabilidad por evicción en materia de legados, en general y en particular aplicado al tipo en estudio. En principio parece contradictorio que siendo el legado un título de adquisición gratuita quedaría excluida la responsabilidad por evicción y como sucede en otros actos de igual naturaleza sólo podría exigirse que el gravado respondiera por su conducta ilícita o de mala fe o si el legado fuese modal, en la medida en que el gravamen fuese superior al beneficio percibido por el legatario. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza obligacional del legado de cosa ajena, la responsabilidad asumida por el que ocupa el lado pasivo de la obligación se acerca más a la de un simple ejecutor de una liberalidad y en ello se encuentra la razón de que aparezca configurada por la doctrina como responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de proporcionar al legatario la propiedad de la cosa legada.

La segunda modalidad de cumplimiento se origina mediante la entrega de la justa estimación. Ahora bien, en qué momento nace esta obligación subsidiaria? La cuestión parece centrada en determinar si el perecimiento de la cosa legada en vida del testador o después de su muerte sin culpa del gravado, significa la total ineeficacia del legado, ex art. 869, núm. 3, C.c., o por el contrario, estimar que en todo supuesto de imposibilidad de proporcionar la cosa legada, cuando es ajena, se debe entregar su justa estimación. De sostener lo primero dice la autora se llegaría a la ineeficacia del legado, en cambio lo segundo a pesar de que los antecedentes en el Derecho romano e histórico era considerar que el gravado quedaba totalmente liberado e igualmente en el Derecho comparado en base a la configuración de la naturaleza de la obligación del gravado, la obligación se extinguiría si la prestación fuera totalmente imposible sin culpa del gravado, es según la autora una solución más equitativa, aunque ella considera que la imposibilidad a que hace referencia el precitado art. 861 C.c. es de carácter subjetiva o relativa en base al respeto a la voluntad del testador y al equilibrio de intereses que parece exigir que se entregue al legatario la justa estimación, aunque la cosa haya perecido. Por

último, cierra este capítulo el estudio del legado de cosa propia en el momento del testamento y ajena en el de la apertura de la sucesión por haberla enajenado voluntariamente el testador, como un supuesto de revocación tácita tipificada en el art. 868,2 C.c., si bien basada en la voluntad del testador, y el del legado de cosa ajena en lugar de legítima. Termina este capítulo señalando cómo la reforma del Código civil, por Ley de 13 de mayo de 1981, de los artículos 841 y ss. del mismo, autorizó al testador la satisfacción en metálico de las legítimas de los legitimarios, y si efectivamente se origina el supuesto de hecho del art. 841 C.c. el testador puede ordenar que se satisfaga la legítima de los herederos forzosos no adjudicatarios de bienes, mediante un legado de cosa ajena, propia del adjudicatario o de un tercero, en cuyo supuesto el legado puede resolverse en la entrega de la justa estimación de la cosa gravada a elección del gravado o bien si no le es posible adquirir la cosa, artículos 861 y 863 C.c., no constituyen ni un caso de preterición ni de desheredación injusta, sino revocación tácita cuando para pago de la legítima se dispuso de un legado de cosa propia del testador, pero que éste enajena no encontrándose en su patrimonio en el momento de su muerte, pudiendo en todo caso el legitimario pedir la cuota que la ley le reserva, en todo caso.

Como una modalidad de legado de cosa ajena se estudia en la monografía la figura del sublegado o legado de cosa propia del legatario recogido en el artículo 863,1 C.c. El primer problema que plantea esta figura es el de saber en qué momento debe ser la cosa legada propia del gravado, ya que en principio se trata de un legado válido, aunque el testador lo hubiere legado como propia, pues se estima que de haber conocido la realidad, hubiera dispuesto de igual forma, de ahí que sea preciso atender al momento en que esa voluntad se forma y plasma en el testamento. Los presupuestos de validez para la configuración de esta disposición mortis causa tanto en el Derecho histórico como en el Derecho comparado giran en torno a la irrelevancia de que el testador supiera o no que la cosa no era suya o bien mediante su equiparación con el legado de cosa a un tercero. Y a la primera solución responde sin duda el supuesto tipificado por el legislador en el art. 863 C.c. Al estudiar la naturaleza jurídica del gravamen teniendo en cuenta quién sea el gravado se hace la siguiente distinción: legado a cargo del heredero y sublegado cuando su cumplimiento es a cargo del legatario. Siendo calificado como un legado de efectos puramente obligatorios y el legatario titular de un derecho de crédito dirigido a que se le entregue la cosa; trasladando el problema fundamental al momento del cumplimiento del legado. En principio parece que existe una cierta dependencia entre la aceptación de la herencia por el gravado y la adquisición del derecho legado, en cuanto que la aceptación o no del gravado tiene unos presupuestos de validez que parece sólo operan si el gravado llega a ser heredero o legatario y en el caso del sublegado cabría preguntar si el sublegatario puede exigir inmediatamente el pago del legado o si ha de esperar a que el legatario gravado consiga el suyo, cuestión que la autora resuelve en base a que si bien el derecho nace desde el momento de la apertura de la sucesión, el poder exigir su pago puede deferirse hasta que el gravado pueda exigir el suyo y ello porque sería preciso la previa fijación del montante efectivo del legado gravado, tanto para saber si infringe la limitación de responsabilidad del art. 858 C.c., como para saber si en su

caso quedan a salvo sus derechos legitimarios, art. 863, párrafo 2.^º C.c. Teniendo en cuenta que la configuración de la obligación del gravado en cuanto que el art. 863 C.c. prevé que sea «mediante la cosa misma o su justa estimación» supuso una innovación introducida en el Anteproyecto del Código civil 1882-1888 intenta la Dra. González ofrecer una explicación a si existe una libre elección por parte del gravado» para entregar la cosa gravada o su justa estimación» dada su configuración como de obligación facultativa, o si por el contrario depende del testador o si la justa estimación sólo puede jugar con carácter subsidiario, inclinándose la autora —aunque ello le suponga apartarse de las soluciones dadas en el Derecho histórico al tema por estimar que el gravado tiene a su favor una facultad concedida por la ley y precisamente para cuando el testador dispone con ignorancia de la alienalidad, lo cual no impide que el régimen jurídico propio de este legado siga siendo en cuanto a frutos, accesiones y riesgo el propio de los legados puramente obligacionales y cuando el gravado opte por entregar la justa estimación su calculo se realizará en atención al estado de lo legado a la muerte del testador. De acuerdo con las especiales características de validez que ofrece este tipo de legado, dos cuestiones han sido resaltadas en esta monografía: una íntimamente relacionada con la particularidad de la cosa legada antes de la apertura de la sucesión y otra el de la responsabilidad del heredero o legatario gravado. En relación con la primera, y teniendo en cuenta que puede variar la naturaleza del legado según quien sea el adquirente se distingue entre si la enajenación ha tenido lugar a favor del propio testador por aplicación de los arts. 862,2.^º C.c., el legado será válido y surtirá los efectos del legado de cosa ajena; si es el legatario-favorecido el adquirente, se estará a lo dispuesto en el párrafo 2.^º del art. 878 y por último si es un tercero, la situación al abrirse la sucesión es la de «cosa legada» que no pertenece ni al testador ni al gravado. ¿Cuál es, pues, la calificación de este legado que es de cosa del gravado en el momento de otorgar testamento y de un tercero en el de la apertura de la sucesión? Tema de no fácil solución, que dependerá en todo caso de la voluntad del testador y del momento que debe considerarse para calificar al legado como de cosa propia del gravado y adoptando la autora la postura que mantiene el profesor Albaladejo en orden a que el cambio de titularidad de la cosa legada no libera al gravado, el cual conservará la facultad de cumplir su legado con la entrega de la justa estimación, en cuanto que el art. 863 concede al gravado un derecho de elección.

En la cuestión de la responsabilidad del gravado será preciso distinguir si éste es heredero o legatario y en el primer caso si acepta pura y simplemente no hay ningún problema, no así si lo hace a beneficio de inventario, en cuyo caso se pregunta ¿cómo se realizará el pago que tiene por objeto una cosa que no se encuentra entre los bienes con los que el heredero responde?; y si es legatario acepta la discutida opinión doctrinal acerca de si es una responsabilidad cum viribus o pro viribus, art. 858, párrafo 2.^º C.c., teniendo en cuenta que el gravado responde hasta donde alcanza el valor de lo que a él se le dejó, originándose como consecuencia de ello una posible reducción proporcional del gravamen aun cuando después de la que sufre el legado principal, el valor del gravamen siga siendo inferior.

Como colofón a este capítulo, se plantea la autora el tema de la renuncia del gravado. Con la consiguiente problemática de si cabe una transmisibilidad pasiva de la carga, cuyo asentimiento se reafirma en los arts. 789, 987 Código civil, y en especial art. 888, al disponer que los legados se refundirán en la masa hereditaria y en consecuencia el que se beneficia de ello deberá cumplir las cargas que grava el legado, si bien el efecto de esta renuncia para este caso en concreto, sólo ha de favorecer al gravado, por las especiales características de la obligación impuesta al renunciante.

En el capítulo sexto contempla el legado de cosa común, acompañado por una rica casuística, sin duda alguna porque a juicio de la autora el artículo 864 es una de las normas de mayor riqueza interpretativa que contiene el Código civil en materia de legados. En base al principio de que el testador sólo quiere legar el Derecho que tiene se plantea siempre con ello el problema de interpretación de la extensión del legado. El testador dispone de lo que es suyo y no grava al heredero con la obligación de adquirir lo que no es suyo, aunque lo sepa, de ahí la diferencia con el legado de cosa ajena estrictu sensu del artículo 861 C.c. Son supuestos comprendidos en la norma según las personas a las que pertenece una parte de la cosa legada los siguientes: el legado de cosa común al testador y a un tercero, extraño a la sucesión, dicho legado no presenta especialidad alguna y se contempla expresamente en el precepto legal; legado cosa común al gravado y a un tercero, el legado se limita en principio a lo que sea propio del testador; legado de cosa específica y determinada en la que el testador o el gravado tiene una cuota indivisa o bien un Derecho en su doble consideración de real o personal pudiendo distinguirse según que la indivisión persista a la muerte del testador, en cuyo caso el legatario se subrogará en los derechos del testador respecto de la cosa común, adquiriendo un legado de eficacia real o directa que se cumplirá de acuerdo con los artículos 882 y 885 C. c., o bien que la indivisión haya cesado habiéndose atribuido totalmente la cosa o derecho a uno de los condueños o a un tercero o al propio testador. En los dos primeros supuestos las opiniones doctrinales en el Derecho francés e italiano vinculan la eficacia del legado a la naturaleza declarativa de la partición, girando sus opiniones en torno a la caducidad y eficacia del legado y en este segundo supuesto bien como legado de cosa ajena o de cantidad, y en el caso de que se haya atribuido totalmente al testador, a pesar de reconocer que existen dos posturas que estiman que el legado se limita a lo que fuese del testador al hacer testamento y la que estiman que por aplicación del art. 862,2.^º C.c., debe incluirse en el legado la totalidad de la cosa, la doctora González con buen criterio mantiene que si el testador permitió que le fuese adjudicada la totalidad de la cosa común y además no modificó el testamento en el que había hecho tal legado, éste debe de calificarse entonces como de legado de cosa propia del testador.

Como último tipo de legado de cosa ajena dedica su trabajo al de «cosa propia del legatario» en el momento del testamento. Teniendo en cuenta la particularidad de esta disposición y considerando que tanto el art. 866 como el art. 878, pár. 1.^º C. c., proclama su ineficacia bien, como señala la autora, tanto por la imposibilidad de transmitir al legatario algo que ya le pertenece o

bien debido a la falta de liberalidad o finalidad de la disposición. Sin embargo, se precisa cómo esta regla general puede sufrir alguna excepción, a pesar de que no ha pasado al Código la Regula Catoniana, en aquellos casos en los que exista una causa justa de que el legatario pudiera perder la propiedad de la cosa legada o bien cuando el legatario esté obligado a transmitir la cosa a otra persona que puede ser al propio testador, un tercero o bien que sólo pertenece en parte al legatario y por último se plantea la problemática que puede surgir de cosa legada adquirida por el legatario después del testamento a que alude el art. 878, párrafo 2º, C. c., ante cuya formulación general la autora distingue las siguientes cuestiones: legado de cosa ajena en el momento del testamento y propia del legatario al abrirse la sucesión; fundamento de la ineficacia del legado en la adquisición a título gratuito y determinación de lo que se debe al legatario cuando ha sido a título oneroso y su justa estimación.

El trabajo reseñado no presenta ambigüedades ni adopta soluciones poco claras, sino que la autora se decanta por aquellas soluciones que cree más atinadas teniendo en cuenta la naturaleza de esta disposición mortis causa a título particular y los intereses en juego.

Teodora F. TORRES

LLEONART Y AMSELEM, Alberto J.: «España y O.N.U. III. (1948-49)». La «cuestión española». «Estudios introductivos y Corpus Documental». Madrid 1985. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Un volumen de XXV × 395 pp.

Este volumen tercero, de nuestro infatigable y buen investigador internacionalista Dr. Lleonart, viene a completar la labor de un período muy importante de nuestra historiografía jurídico-política (1948-1949) sobre la «Cuestión española» con referencia básica a la III.ª Asamblea General de la O.N.U

La obra se realiza en dos partes bien definidas: la que corresponde a los estudios introductivos y la que contiene todo el Corpus documental, seguidos de unos anexos e índices analíticos.

La primera parte de los estudios introductivos, comienza con la materia referente a la «cuestión española» en la III.ª Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se aborda el teatro de la guerra fría, la idea de Europa, el período de 1948 de admisión y el período 1949 con su telón de fondo político-jurídico mundial.

A este magnífico estudio hay que añadir los dos siguientes de sus colaboradores. El de Pedro Antonio Martínez Lillo, respecto a «Francia y la cuestión española en el tercer período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas», y, el de Juan Luis Bardisa Manzanaro sobre «Fuentes: España y las Naciones Unidas en el Archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores».

La segunda parte o Corpus documental de esta importante obra alcanza diez importantes y decisivas memorias, sesiones, proyectos y cuestiones en

relación con el gobierno franquista de España, además de los anexos (Chronología internacional, España: hechos y tratados; «Boletín Oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores ONU»: cuestiones jurídicas, fuentes documentales consultadas), concluyéndose con unos magníficos índices analíticos que dotan a la obra de un fácil manejo y de una precisión de mucha estima para los especialistas. Nos resta dar la enhorabuena al ilustre autor y esperar la culminación de las etapas posteriores de su magnífico estudio.

José BONET CORREA

PEREZ ROYO, Javier: «*Las fuentes del Derecho*», Madrid, 1984. Ed. Tecnos, S. A. Un volumen de 178 pp.

Desde la promulgación de la constitución Española de 1978, las fuentes del Derecho, entendidas en su expresión formal, o sea, las diferentes categorías por las que se exteriorizan, resultan un conjunto más complejo de normas cuyo alcance y contenido se debe precisar, tanto más, cuando que el Título VIII de la Constitución desarrolla dentro de la organización territorial del Estado el derecho a la autonomía de las «Nacionalidades y Regiones».

La obra del profesor Pérez Royo, sin embargo, no pretende tratar todo el amplio espectro de las fuentes del Derecho, sino tan sólo aquellas nuevas modalidades que se inauguran con el régimen constitucional. Por eso excluye el examinar los tratados internacionales los reglamentos de los altos órganos del Estado, los convenios colectivos de trabajo, así como aquellas otras fuentes que denomina —con expresión poco afortunada— como «no reconocidas expresamente en la Constitución, sino en el título Preliminar del Código civil». Se debe puntualizar que dichas fuentes, aunque no vengan particularmente mencionadas, no por ello dejan de ser «no reconocidas», pues el que no se aludan específicamente, no excluye el que lo haga genéricamente, a propósito de una de las competencias exclusivas del Estado (art. 149), la «legislación civil», donde sí se expresa sobre «la determinación de las Fuentes del Derecho».

La obra, pues, abarca en cuatro títulos la Constitución como fuente de Derecho, la ley orgánica, las fuentes tradicionales del ordenamiento jurídico del Estado y el Estatuto de las Autonomías y sus fuentes del Derecho.

El primer apartado expone la Constitución como fuente del Derecho, las leyes de la reforma constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. El segundo lo dedica a la nueva categoría creada como ley orgánica con su importante función que no tiene la ley ordinaria. El tercero trata las ya tradicionales, como son la ley, los derechos legislativos, los decretos leyes y el reglamento. El cuarto aborda, dentro del nuevo sistema de fuentes del llamado Estado de las Autonomías, los «Estatutos de Autonomía» y sus «leyes excepcionales», o sea, la ley de la Comunidad autónoma, así como la ley y el reglamento en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para concluir con las leyes del art. 150 de la Constitución (la ley marco de delegación de competencias legislativas, la ley

orgánica de transferencias y la ley de armonización). Una orientación bibliográfica somera pone punto final a esta obra de análisis sobre las nuevas fuentes del ordenamiento español vigente.

José BONET CORREA

VILLA ROBLEDO, María José: «El matrimonio condicional». Prólogo de Iván C. Ibán. Ed. Edersa, Madrid, 1984.

El tema de la condición en el negocio jurídico es una de las materias sobre las que los juristas —tanto los pandectistas del siglo pasado como los autores modernos— más han ejercitado su ingenio, pues fácilmente se presta a la teorización dogmática. No obstante, faltaba dentro de la literatura jurídica española, a diferencia de lo que acontece en otros países, una monografía sobre la condición en el matrimonio civil; tema que cobra cierta actualidad, al haber introducido la reciente reforma del Derecho de familia un precepto dedicado a la condición en el matrimonio. Tampoco la jurisprudencia civil española llegó a sentar un criterio preciso sobre el matrimonio celebrado bajo condición en el escaso número de sentencias del Tribunal Supremo que abordan esta cuestión, que no llegan a sobrepasar la media docena.

Ante esa situación, y para sentar algún criterio de interpretación del artículo 45, párrafo 2, del Código civil, relativo a este tema, la autora estudia la condición en el matrimonio en otros ordenamientos jurídicos, que poseen al respecto una mayor experiencia jurídica: el Derecho canónico —latino y oriental—, el Derecho judío y también las vigentes legislaciones civiles de Alemania, Francia e Italia, sin descuidar tampoco el estudio del Derecho romano, cuyo rasgo más destacable consiste en que ni siquiera se plantea la posibilidad de celebración de matrimonio bajo condición, pese a lo cual toda la dogmática jurídica de la condición de la actual civilística depende de él.

El libro está estructurado en tres capítulos. El primero está dedicado a proporcionar una perspectiva histórica del matrimonio condicional en el Derecho judío, romano y canónico. El tercero y último está dedicado al estudio de la condición en el matrimonio civil en los ordenamientos modernos, constituyendo el segundo —titulado *Aspectos de la condición en la dogmática jurídica*— un punto de enlace entre ambos y la clave de su personal toma de posición respecto a la condición en el matrimonio.

Como es sabido, el art. 45 de nuestro Código civil encierra una paradoja. En su párrafo primero reafirma el principio consensualista en el matrimonio, estableciendo que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», de acuerdo con una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, reforzada por el art. 1 de la Convención sobre el Consentimiento matrimonial de la O.N.U. de 10-XII-1961, suscrita y ratificada por España. Pero, de otro lado, en el propio art. 45 del Código civil —en su párrafo segundo— se dice que en el matrimonio la condición se tendrá por no puesta, dando pie a una

posible interpretación de que en el caso de la condición no es aplicable el principio consensualista.

Por otra parte, como la autora hace notar, el art. 73, núm. 4, del Código civil introduce como causa de nulidad «el error en cualidad personal determinante del consentimiento», siendo el modo casi exclusivo en que se manifiesta que una cualidad es determinante del consentimiento la modalidad condicional: *consiento sólo si tal persona posee tal cualidad*.

Para resolver estas antinomias, y de acuerdo con la experiencia jurídica de otros ordenamientos, la autora hace una doble valoración de la figura de la condición, según se entienda que incide sólo en el consentimiento o también en la forma de celebración.

Un negocio celebrado formalmente como condicional, se presenta como un negocio incierto, en cuanto a los efectos jurídicos que puede producir. De quien se ha casado bajo condición no puede decirse ni que está unido por vínculo matrimonial, ni que no lo está. La celebración condicional es contraria a la seguridad jurídica. Inscrito un matrimonio como condicional en el Registro sobre el estado civil de las personas, no puede decirse de las personas así inscritas si su estado civil es de soltero o de casado. De ahí que se haya aplicado al matrimonio —fue el Derecho canónico medieval el primero en hacerlo— el principio jurídico romano de que los actos legítimos no admiten término ni condición; es decir, aquellos negocios jurídicos cuya celebración es especialmente solemne —una de las funciones de la solemnidad es proporcionar seguridad jurídica acerca del alcance del negocio solemnemente celebrado— no son compatibles con las actuaciones de pendencia e incertidumbre, propias del término y de la condición.

Ahora bien, esta cuestión constituye un problema de forma: no cabe que la celebración matrimonial sea condicional; y la solución lógica para evitarlo es que el legislador —tal hace, por ejemplo, la *Ehegesetz* alemana de 1946— establece que el matrimonio celebrado en forma condicional es nulo por defecto de forma, evitándose así que puedan aparecer inscritos en el Registro matrimonios en estado de pendencia acerca de su validez o invalidez.

Aspecto muy distinto de éste es la incidencia de la condición en el consentimiento matrimonial. Aquí la condición puesta y no cumplida —sin que haya sido deducida en la forma de celebración— juega el mismo papel que cualquier vicio del consentimiento, cual pudiera ser el miedo o el error. En efecto, ningún matrimonio se celebra formalmente como afectado por alguno de estos vicios; ni, en consecuencia, ningún matrimonio aparece inscrito como tal. Será posteriormente, tras el correspondiente juicio —hoy el de menor cuantía— cuando el matrimonio venga declarado nulo. Lo propio hay que admitir respecto a la condición puesta y no cumplida. Tras el correspondiente proceso de nulidad —sostiene la autora— cabe declarar un matrimonio nulo, si se demuestra que se puso una condición y ésta no se cumplió.

La disposición «la condición se tendrá por no puesta» ha de ser referida exclusivamente al momento de la celebración, de tal forma que nunca se tendrá en cuenta la dimensión condicional que pueda revestir una declara-

ción de voluntad matrimonial condicional. En el Acta del matrimonio y en el Registro, el matrimonio aparecerá como un negocio puro.

Como dice el prof. Iván C. Ibán en su prólogo, «pretender estudiar la regulación del matrimonio en España, haciendo abstracción de sus antecedentes en el campo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, ignorando los ordenamientos más próximos al nuestro, olvidando los siglos de Ciencia jurídico-canónica, sería tanto como olvidar que el Derecho es por y para el hombre, y que éste vive en la historia y en relación con otros; en definitiva, sería considerar el ordenamiento jurídico en un momento dado como una isla en el tiempo y en el espacio». Podrá o no compartirse la tesis que la autora sostiene respecto a la interpretación del artículo 45, párrafo 2, del Código civil, pero de lo que no cabe duda es de que sitúa el tema del matrimonio condicional en unas coordenadas de gran realismo, tanto por recopilar todos los datos de interés relativos a la experiencia jurídica del matrimonio bajo condición, como por dar una solución de sentido común a las aporías que el matrimonio bajo condición plantea, dentro de un tratamiento dogmático jurídico adecuado.

Alberto de la HERA

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

II. RESOLUCIONES (1)

A cargo de ANTONIO PAU PEDRON

Letrado de la D. G. R. N.

1. HIPOTECA EN GARANTIA DE DIVERSAS OPERACIONES COMERCIALES

1. *Determinación de la hipoteca:* La hipoteca que garantiza obligaciones presentes y futuras debe determinar las circunstancias de las primeras, bastando, respecto de las segundas, la expresión de algunas exigencias mínimas.

2. *Causa de vencimiento anticipado:* La justificación de la mengua de valor de los inmuebles, que va a producir el efecto del vencimiento de la obligación, no puede obtenerse a través del informe de Peritos designados por la parte acreedora. (Resolución de 4 de julio de 1984, «B. O. E.» del 16 de septiembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Se trataba de una hipoteca constituida por la «Sociedad Española de Construcciones Electrónicas en favor de dos Bancos, «en garantía de pago de diversas operaciones comerciales, así como en garantía de las renovaciones que se verifiquen de las mismas, en cualquier fecha, o de obras nuevas que se concierten en adelante, y de sus intereses, comisiones y gastos».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Determinación de la hipoteca en cuanto a las obligaciones ya existentes.*—El principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, lo que, tratándose del derecho real de hipoteca y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.), y esta regla no sufre inflexión respecto de cada una de las obligaciones ya existentes al constituirse la hipoteca que las ha de garantizar, por lo que no cabe para las mismas la simple expresión de que quedan garantizadas con la hipoteca las «diversas operaciones crediticias» que «en la actualidad» tienen los Bancos acreedores con la Sociedad deudora.

b) *Determinación en cuanto a las obligaciones futuras.*—No obstante, en materia de hipotecas el principio de determinación de los derechos ins-

(1) Resoluciones del segundo semestre del año 1983 relativas al Registro de la Propiedad.

cribibles se coge con notable flexibilidad a fin de facilitar el crédito, permitiéndose en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación, aunque siempre se imponen algunas exigencias mínimas, y así ocurre con la hipoteca en garantía del saldo resultante de una cuenta corriente de crédito, figura muy próxima, aunque no igual, a la hipoteca que se examina.

c) *Determinación del plazo de duración*.—La analogía con la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito hace aplicables los preceptos que, en relación con este tipo de hipoteca, imponen la determinación de los plazos de duración, ya que las particularidades de la presente escritura no justificarían excepcionar tal determinación temporal exigida por el párrafo 1.^o del art. 153 L.H., tan interesante para el tráfico (terceros poseedores, terceros adquirentes de derechos reales) y para facilitar la cancelación (cfr. art. 209 L.H.).

d) *Justificación de la mengua de valor de los inmuebles*.—La seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca, no autorizan a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias; y en concreto el de que la justificación de la mengua de valor de los inmuebles que va a producir el efecto del vencimiento de la obligación pueda obtenerse a través del informe de peritos designados por la parte acreedora.

2. ENAJENACION DE BIENES INSCRITOS A FAVOR DE UNO DE LOS CONYUGES POR CONFESION DEL OTRO ANTES DE LA REFORMA REGLAMENTARIA DE 1982

Tras la reforma del Reglamento Hipotecario, llevada a cabo por R. D. de 12 de noviembre de 1982, puede disponer por sí sólo el cónyuge a cuyo nombre se practicó la inscripción —por aseveración del otro y «sin prejuzgar su naturaleza privativa o ganancial»—, sin que sea necesario el consentimiento de este último (Resolución de 2 de octubre de 1984, «B. O. E.» del 15 de noviembre).

A) **ANTECEDENTES DE HECHO:** En escritura otorgada el día 11 de diciembre de 1981, doña Mercedes V. de J., casada, vendió a don Angel A. de L. una finca que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de la vendedora «sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la adquisición», de conformidad con lo que preceptuaba la regla 2.^a del artículo 95 del R. H., pues en la escritura de adquisición aseveró el marido que el precio dado en contraprestación era de la exclusiva propiedad de su esposa. El Registrador denegó la inscripción, exigiendo el consentimiento del marido de la vendedora, por estimar que la aseveración de aquél ni prejuzgaba el carácter de la adquisición ni enervaba la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 C. c.

B) **DOCTRINA DE LA DIRECCION:** a) *Valor de la confesión*.—El artículo 94, 4.^o, reformado, del Reglamento hipotecario ha venido a sancionar

el criterio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en base al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, entendía que una confesión hacia prueba contra su autor y producía todos sus efectos en la esfera interna y frente al propio confesante.

b) *Fundamento de la exigencia de codisposición de los bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges «sin prejuzgar su naturaleza», antes de la reforma.*—La precaución contenida en el antiguo artículo 96 del R. H., al exigir el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición sobre inmuebles —en los que la titularidad aparecía en el Registro conforme al artículo 95, 2.^º—, tenía su fundamento no sólo en los principios que informaban el régimen de gananciales, sino también en la vigencia de la norma que prohibía las donaciones entre cónyuges, y que a través de la confesión de privatividad podía de modo indirecto ser vulnerada.

Desaparecidos con la reforma del Código civil los obstáculos que justificaban la prevención reglamentaria —ya derogada por el nuevo art. 95, 4.^º—, la aplicación con todo su rigor de la jurisprudencia antes señalada, obliga a entender que quien no ha querido que se le atribuya una titularidad determinada sobre unos bienes sigue desligado de ella y carece de legitimación para poder intervenir en los actos de disposición realizados por su cónyuge respecto de aquellos bienes inscritos a nombre de éste con la confesión de privatividad.

3. LEGADO: DISCORDANCIA ENTRE LA DECLARACION TESTAMENTERIA Y EL CONTENIDO REGISTRAL

Legado un inmueble por mitad a dos personas —pero ostentando la testadora en el Registro únicamente el dominio de la mitad de aquél—, sólo cabe inscribir a favor de cada una de las legatarias la mitad del derecho registrado. (Resolución de 28 de septiembre de 1984, «B. O. E.» del 24 de noviembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Doña Carmen S. S. instituyó heredera a su sobrina, doña Adela P. S., legando a su hermana doña Nieves S. S. y a su citada sobrina, por mitada, la casa de la testadora sita en Alsubia. La casa legada figuraba inscrita en el Registro a favor de la causante sólo en cuanto a una mitad indivisa, estando inscrita la otra mitad a nombre de persona distinta. Doña Adela P. S., en su doble condición de única heredera y legataria, se adjudicó el legado de la mitad indivisa de la casa referida. El Registrador inscribió a su favor una cuarta parte indivisa, denegando la inscripción en cuanto a la otra cuarta parte.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Contenido registral del derecho legado.*—El principio de legitimación impone desde el punto de vista registral la presunción de que la causante solamente era dueña de una mitad indivisa del inmueble, ya que éste es el derecho que el Registro proclama, en tanto no sea rectificado el contenido de su inscripción y tenga acceso a los libros registrales la totalidad de su derecho de dominio, y por ello la testadora sólo se encontraba legitimada registralmente para disponer de una mitad

del mismo, con independencia de su situación desde el punto de vista civil o sustantivo.

b) *Adecuación de la disposición testamentaria al contenido registral.*—En consecuencia, al haberse ordenado en el testamento —título de la sucesión— que el legado sea por mitad para las dos beneficiarias, en esta misma forma habrán de constar sus respectivos derechos en los libros registrales, es decir, una mitad de lo que éstos publican —o sea, en total una cuarta parte indivisa para cada una.

4. ANOTACION PREVENTIVA DE UN APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS ADQUIRIDO POR PRESCRIPCION

Cabe practicar en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de un aprovechamiento de aguas públicas adquirido por prescripción, a pesar de que en el acta notarial levantada se declara por el fedatario la inexistencia actual de agua, y consecuentemente no se señala cubicación alguna de la misma. (Resolución de 8 de octubre de 1984, «B. O. E.» del 23 de noviembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: Al tiempo de autorizarse el acta de notoriedad acreditativa de un aprovechamiento de aguas públicas adquirido por prescripción —marzo de 1982, época de grave sequía—, tales aguas no discurrían por el cauce del que se derivaban

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Naturaleza compleja de estas actas*—Para que el Notario pueda formular su juicio acerca de la notoriedad del hecho, el Reglamento hipotecario le faculta para recibir las declaraciones del requirente y testigos, y le impone que se constituya en el sitio del aprovechamiento, dando lugar a verdaderas actas de presencia y referencia, cuyo contenido constituye el fundamento sobre el que el fedatario basará su juicio acerca de la notoriedad de los hechos que tratan de justificarse.

b) *Flexibilidad reglamentaria en cuanto a la consignación de los datos técnicos*—La frase *en cuanto sea posible*, inserta en la regla 3.^a del artículo 70 (ahora 65), confiere la suficiente flexibilidad al Notario para que, con independencia de que si alguno de los datos a que se refiere dicha regla no puede consignarse en el acta que autorice, por falta de conocimiento técnico u otra circunstancia, ello no le impida formular su juicio positivo sobre la notoriedad del hecho de que las aguas son utilizadas por los usuarios durante el tiempo necesario para la prescripción.

c) *Intrascendencia de la inexistencia actual de aguas*.—La inexistencia actual es un hecho fáctico accidental que no impide que haya sido probado por la Comunidad requirente que las viene utilizando, cuando éstas existen, por lo que habría de procederse a la anotación preventiva prescrita, todo ello a la espera del resultado del expediente administrativo en tramitación.

5. HIPOTECA QUE ASEGURA INTERESES VARIABLES

No cabe inscribir en el Registro de la Propiedad la extensión de la hipoteca a unos intereses variables sin fijar el límite máximo que éstos pueden alcanzar. (Resolución de 26 de octubre de 1984, «B. O. E.» del 5 de diciembre.)

A) ANTECEDENTES DE HECHO: En la escritura de préstamo hipotecario se establecía que «si por disposición oficial fuera variado el tipo de interés de los préstamos a que se alude en la estipulación anterior, podrá ser objeto de repercusión a partir de la entrada en vigor de dicho tipo de interés y sin necesidad de aviso previo»; en la cláusula de constitución de hipoteca se extendía esta garantía al capital, «sus intereses en el plazo de tres años, a razón del 14 por 100 anual, tipo que queda sujeto a las repercusiones previstas en la estipulación cuarta de esta escritura», y cierta cantidad para costas y gastos.

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: *La cláusula de fluctuación de interés implica una hipoteca de seguridad.*—Si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad.

6. HIPOTECA QUE ASEGURA INTERESES MORATORIOS

La extensión de la hipoteca a unos posibles intereses moratorios exige la fijación de un límite máximo que éstos puedan alcanzar, e impide que pueda englobarse con la responsabilidad por costas y gastos. (Resolución de 29 de octubre de 1984, «B. O. E.» del 11 de diciembre.)

DOCTRINA DE LA DIRECCION: *Límite de los intereses moratorios y distinción de las costas y gastos.*—La garantía hipotecaria sobre intereses moratorios supone la constitución de una hipoteca de seguridad, por ser indeterminado el crédito, con la consiguiente fijación de un máximo de responsabilidad, y en este aspecto se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, pero esta semejanza no implica que puedan englobarse ambos créditos en una sola cantidad, pues en base al principio de especialidad ambas responsabilidades deben aparecer claramente diferenciadas, a fin de que se conozca tanto por las partes como por terceros la determinación de cada crédito y se eviten así ambigüedades, se elimine toda confusión y se dé cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español.

7. INMATRICULACION EN BASE A UNA O VARIAS CUOTAS DOMINICALES

Cabe la inmatriculación de un inmueble a instancia de quien o quienes sólo ostenten una cuota parte del dominio de aquél. (Resolución de 30 de octubre de 1984 «B. O. E.» de 11 de diciembre).

A) ANTECEDENTES DE HECHO: El Registrador denegó la inmatriculación «porque tratándose de partes indivisas de fincas no inscritas, no se garantiza, respecto a los demás comuneros, ni la identidad de la finca, ni su extensión, ni sus linderos, ni el contenido del derecho que se pretende inscribir».

B) DOCTRINA DE LA DIRECCION: a) *Obscuridad legal y solución doctrinal.*—Esta materia, al no ser resuelta de una manera clara por la legislación hipotecaria, ha originado que haya sido estudiada por la doctrina, que en base a los textos legales y reglamentarios, se inclina en general por la posibilidad de que pueda inmatricularse una finca a petición de alguno o algunos de sus condóminos.

b) *Interpretación del artículo L.H.*—Al tener que ser de dominio la primera inscripción de una finca, según se ordena en el artículo 7 L.H., ello no implica que haya de ser solicitada por el propietario único o por quienes entre todos agoten la titularidad dominical sobre el inmueble, pues los propios textos legales permiten una sola inscripción de sólo el dominio útil o de solo el directo —art. 377 R.H.— con lo que ya se muestra el criterio del legislador favorable a una primera inscripción que no comprenda la totalidad del dominio.

8. FACULTADES DEL CONTADOR-PARTIDOR

1. Determinación del caudal partible: Aunque una de las funciones del contador-partidor es la de determinar el caudal partible, lo que exige a su vez la fijación tanto del activo como del pasivo hereditario, en este caso el contador-partidor se ha extralimitado al señalar el saldo unilateralmente y sin contar con la aprobación o consentimiento de la otra parte interesada; al no constar esta aprobación y consiguiente determinación del importe líquido del crédito falta uno de los requisitos para que la compensación pueda tener lugar.

2. Interpretación del testamento: El contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria, sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineeficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación. (Resolución de 1 de diciembre de 1984, «B. O. E.», de 1 de febrero de 1985.)

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

LA REVISION DE LA RENTA ARRENDATICIA URBANA MEDIANTE EL PACTO DE SU ELEVACION EN FUNCION DE LA VARIACION DE LOS INDICES PONDERADOS DEL COSTE DE LA VIDA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1985)

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones de los Tribunales. 2. El nuevo giro interpretativo del Tribunal Supremo ante una cláusula contractual por la que se pacta la elevación de la renta. 3. El fundamento legal de los pactos de elevación o reducción de la renta en los arrendamientos urbanos.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Las dos partes, una Sociedad inmobiliaria y un particular, celebran un contrato de arrendamiento de un local de negocio y pactan específicamente que: «En caso de prórroga legal de este contrato, la renta o precio del arrendamiento se revisará cada tres años, contando a partir de la fecha del otorgamiento del presente contrato. La elevación de la renta se hará teniendo en cuenta la variación de los índices ponderados del costo de la vida, según el Instituto Nacional de Estadística u Organismo competente, en los respectivos períodos trianuales, determinándose de la siguiente forma: a) La entidad arrendadora solicitará del Instituto... una certificación del porcentaje de aumento del costo de la vida...; b) Tales porcentajes de aumento... serán aplicados a la renta contractual...».

La entidad arrendadora reclama el importe de las rentas revisadas correspondientes a las anualidades de 1975 (junio) a 1980 (abril), mientras que el arrendatario se opone a su pago por entender que dicha cláusula revisora era nula, ya que sólo preveía la posibilidad de aumento de la renta y no de su disminución.

La entidad arrendadora presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial, desestimándose en ambas instancias debido a que se declara la nulidad de la cláusula.

Una vez planteado por la entidad propietaria recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste casa ambas sentencias, en base a los siguientes considerandos: «Que también a los efectos de la mayor claridad de la «ratio dicendi» de esta resolución, no está demás hacer las siguientes precisiones: a) que superado el estricto principio de la literalidad contractual y la regla

del vigoroso atenimiento a las cláusulas libremente convenidas por los contratantes, con desprecio de sus consecuencias más o menos gravosas para éstos, se fue abriendo paso la consideración de la necesidad de matizar o paliar los efectos más estridentes del convenio, tanto por razones económicas como de equidad, sobre todo en materia de contratos onerosos y de prestaciones reciprocas, con el fin de salvaguardar la equivalencia de las mismas y evitar injustos desequilibrios; b) esta apertura a la equidad se manifestó, en concreto, y sobre todo en el campo de los contratos de arrendamiento, sujetos a congelaciones de renta y a prórrogas forzosas por imperativos sociales de las economías en crisis, primero por obra de la autonomía privada y luego incluso autorizada y prevista por la Ley, a impulsos también de la doctrina y de la jurisprudencia; c) tal situación aparece ya reflejada en los artículos 97 y 100 de la LAU que, a partir de su vigencia, en 1964, autorizó la libertad de rentas y la revalorización de las mismas «de acuerdo con las variaciones del costo de la vida» en los contratos sujetos a prórrogas forzosas, autorización ya legal, por medio del Decreto, ya por vía convencional: «si las partes no hubieran convenido de modo expreso otro sistema de actualización»; d) tales autorizaciones y previsiones tuvieron, en efecto, un amplio y reiterado reflejo en la aplicación del Derecho por los Tribunales, hasta el punto de creerse, ya consolidada, una jurisprudencia que podría sintetizarse diciendo que con la finalidad de mantener la equivalencia de las prestaciones (uso del local igual a renta) y de adecuar o armonizar sus valores reciprocos, con la mira sobre todo en las fluctuaciones de valor o del poder adquisitivo del dinero, habrían de respetarse las cláusulas de estabilización pactadas, más siempre que se diera el presupuesto de otorgar la misma oportunidad a cada parte contratante en cuenta a sus intereses reciprocos, es decir, que se diera la previsión de actualización de la renta tanto al alza como a la baja, independientemente del módulo o patrón de referencia como indicativo de la variación de los precios (coste de la vida, precios al consumo, cláusula oro o moneda constante, etc.), presupuesto que nunca podía darse (el de la oportunidad y bivalencia) cuando, o bien la cláusula quedara a la pura discrecionalidad del arrendador para elevar la renta o se pactase un aumento regular, periódico, constante y progresivo de la misma, justamente porque ello haría ilusorio el derecho de prórroga legal del arrendatario en el momento o tiempo en que la elevación o monto de la merced fuera excesivo o absolutamente prohibitivo para su economía en proporción al disfrute del local, doctrina que es constante en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo desde las Sentencias de 24 junio 1971, 16 junio 1973, 23 diciembre 1977, hasta las de 13 febrero 1980, 20 noviembre 1980, 23 noviembre 1981, 8 marzo 1982, 31 octubre 1983 y otras, y que por ello, en definitiva, venían a decretar la nulidad de dichas leoninas cláusulas por ser contrarias a la Ley, en aplicación de los artículos 6 del Código civil y 9 de la LAU, por ilicitud o por fraude, ilicitud no predictable, por tanto, de aquellos otros pactos en que la revisión se remitiera a variaciones en uno u otro sentido, señalados por las estadísticas oficiales, por ejemplo».

Y se concluye: «Que considerada la cláusula en cuestión, ciertamente en ella se prevé, en su primer párrafo 'la revisión del precio cada tres años', y si bien luego, en párrafos aparte, sólo se habla de supuestos de elevación,

no cabe entender, como se hace en la Sentencia recurrida, que tal especificación anule o invalide la posibilidad de revisar la renta por las dos partes, posibilidad que está incluida en el párrafo anterior, al decir que «este contrato se revisará cada tres años», primero porque no prohíbe su ejercicio al arrendatario, segundo porque la previsión del aumento es la más lógica y razonable (y la experiencia acredita que la más segura, desgraciadamente) y, tercero, porque la total cláusula, ni por su expresión literal, ni por sentido último, no impone una revisión de la renta lineal, unilateral, progresiva y periódicamente constante, con lo cual bien se puede concluir en favor de su validez, mientras de su letra y espíritu no se desprenda esa forma, contraria a la equivalencia de las prestaciones en el tiempo, que supone el único y constante aumento y que, en realidad, es lo que constituye la esencia e intencionalidad de la jurisprudencia citada, huyendo, como debe hacerse, de interpretar el texto contractual de modo rígido y literal sólo porque no se expresa la posibilidad de la revisión a la baja, omisión que no excluye la oportunidad para la parte interesada, máxime cuando, como aquí ocurre, se sienta en la cláusula la facultad de revisión en general».

Y, finaliza: «Que en el sentido expuesto, pues, es evidente la necesidad de estimar los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, que denuncian la violación del artículo 1.284 del C.c., la del artículo 97 de la LAU y la aplicación indebida de la doctrina legal que cita, respectivamente, y, en particular, el motivo segundo, tocante a la interpretación de los contratos (art. 1.284 del C. c.); en cuanto este precepto y su doctrina concordante (SS. 30 octubre 1963, 18 febrero 1962, etc.) obliga a interpretar el pacto en el sentido de favorecer su total validez y efecto en relación con el párrafo 2 del artículo 1.281 y el 1.285, con la consecuencia ya dicha de estimar la validez de la cláusula y, por ende, la de casar la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.745 de la LEC, sin necesidad de entrar en el estudio del motivo primero, por error de hecho, pues que en realidad se refiere asimismo a la interpretación del contrato y su formulación es incorrecta».

2. EL NUEVO GIRO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE UNA CLAUSULA CONTRACTUAL POR LA QUE SE PACTA LA ELEVACION DE LA RENTA

Hace pocos años, en 1975, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de octubre, ante un caso similar, proclamada todo lo contrario de lo que razona la actual sentencia, al sancionar con la nulidad la cláusula pactada por las partes. Entonces, al igual que ahora, los contratantes habían convenido que: «Esta renta se revisará cada dos años y será elevada en la misma proporción que señale el índice de costo medio de la vida que publica mensualmente el Instituto Nacional de Estadística». El fundamento jurídico de la decisión jurisprudencial negativa estaba en que no se trataba de un pacto de actualización de la renta, sino un «modo unilateral y arbitrario una posible y constante elevación de la renta sin permitir correlativamente su disminución para el caso de que dicho coste disminuya; hipótesis esta segunda en que forzosamente tiene que incluirse la cláusula contemplada, pues sólo esta-

blece y prevé el supuesto de acomodación de la renta a las fluctuaciones en alza del nivel general de precios, lo que sin duda alguna va en contra de la equitativa proporcionalidad que debe presidir las mutuas prestaciones de todo contrato, que se acrecienta en las del tipo que se examina, pues su vulneración podría incluso conducir a hacer antieconómica para el arrendatario la continuidad en la relación y a convertir en ilusorio su derecho a la prórroga legal que con carácter irrenunciable preceptúa el artículo 6.^º de la LAU».

Entonces (1), pusimos en evidencia la simplificación en que caía la tarea interpretativa del alto Tribunal, al no tomar en cuenta las graves alteraciones monetarias que se sucedían y desequilibraban la equivalencia de las prestaciones, la ausencia de una prueba sobre el abuso del aumento y de su desproporcionalidad, puesto que la variación no excedía del índice del coste de la vida, sin que ello diera lugar a hacer antieconómica la renta e hiciese ilusorio el derecho a la prórroga legal, además de omitir la posibilidad legal que la LAU vigente ofrecía a las partes, en su artículo 98, de que «la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes».

Ahora con la nueva sentencia se rectifica aquella postura y se debe proclamar el buen hacer e interpretar del Tribunal Supremo, especialmente al basar su fundamentación jurídica para el caso de autos en la falta de equidad que entonces se produjo y que ahora igualmente persiste por la quiebra en la equivalencia de las prestaciones de las partes ante la depredación que se crea por la inflación de nuestro signo monetario en los contratos onerosos con prestaciones recíprocas y de trato sucesivo, como sucede en los de arrendamiento.

La tarea interpretativa que realiza el Tribunal Supremo en la actual Sentencia se centra en saber si las partes, al convenir en su pacto actualizador de la renta, se trataba de una cláusula de estabilización, de signo ambivalente y recíproco para ambas partes, cuyos efectos, ante el diverso signo de la alteración monetaria (inflación o deflación), repercutiesen tanto para el acreedor como para el deudor, o si se trataba únicamente de una cláusula contractual para elevar la renta según la pura discrecionalidad y el beneficio del acreedor, constituyendo un aumento regular, periódico, constante y progresivo, lo que conduciría a hacer ilusorio el derecho irrenunciable del arrendatario a la prórroga del contrato.

La actual Sentencia, a pesar de la expresión literal empleada por las partes contratantes, de que «la elevación de la renta se hará teniendo en cuenta la variación de los índices ponderados del costo de la vida», considera debe tenerse un criterio amplio de interpretación, no exclusivamente literal o rígido, respecto a la «elevación», que se trata de una facultad de revisión de la renta en general, no sólo puesta en favor del acreedor, sino en cuanto que es la consecuencia más frecuente que se viene produciendo por la inflación constante. A juicio del Tribunal Supremo, en este caso no cabe enten-

(1) V. ahora en mi obra: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada (Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo)*, 4.^a ed. Madrid, 1982, pág. 262.

der que, al prever las partes «la elevación de la renta», hubieren querido anular o invalidar la posibilidad de que el arrendatario pudiese revisar la renta a la baja, ya que no se le prohibía el que pudiera ejercitarse; además, del sentido total de la cláusula pactada donde era «la revisión del precio cada tres años» y «teniendo en cuenta la variación de los índices ponderados del coste de la vida», ni por su expresión literal, ni por su sentido último, tampoco impone una revisión de la renta de modo lineal, unilateral, progresiva y periódicamente constante, sino adecuada a las alzas y bajas de dicho índice. El que no se haya expresado la posibilidad de la revisión a la baja en el contrato, añade la sentencia, su omisión no implica su exclusión para la parte interesada, pues, el prever unos supuestos de elevación es más lógico y razonable. Efectivamente, según tenemos señalado en anteriores comentarios, las partes no legan en la materia, ante la persistencia y contumacia prolongada de una grave inflación que destruye el poder adquisitivo de nuestra unidad monetaria, la peseta, se preocupan de un modo preferente, aunque no exclusivo, de que cuantitativamente se eleve la suma de la renta para ver compensada la pérdida de su valor adquisitivo; de aquí que, si no hay una intencionalidad manifiesta o expresiva de querer agravar o neutralizar los derechos del deudor, no cabe interpretar sus meras expresiones o dicciones sin atender al contexto total del contrato, lo que con buen criterio obliga a interpretar el pacto en el sentido de favorecer su total validez y efecto, de acuerdo con las normas interpretativas contractuales de nuestro ordenamiento común arts. 1.281, 2.º, 1.284 y 1.285 del Código civil).

3. EL FUNDAMENTO LEGAL DE LOS PACTOS DE ELEVACION O REDUCCION DE LA RENTA EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Además, se debe insistir en que las partes contratantes, arrendador y arrendatario, facultativamente pueden pactar el «aumento» de la renta base, según viene establecido por el artículo 98 de la LAU vigente.

Según tenemos manifestado en anteriores comentarios, este pacto de aumento de la renta base no ha de ser especulativo en cuanto a su índice económico, de tal modo que lo haga desproporcionado, faltó de equivalencia en las prestaciones y que su exceso resulte prohibitivo para el ejercicio y la continuación del contrato una vez llegada su posible prórroga. De aquí que, en la apreciación de la cuestión de hecho y de derecho, el Tribunal Supremo establezca esta correlación en su doctrina de la llamada «ecuación prórroga-renta» que denuncia el abuso del derecho del arrendador o el fraude a la ley que se trata de llevar a cabo, al imposibilitar el ejercicio de aquel beneficio legal otorgado al arrendatario.

Por tanto, la cuestión, como muy bien plantea la actual sentencia, es la de sopesar todas las circunstancias que conducen a las partes a establecer un pacto en cuanto a sus intereses y prestaciones patrimoniales que resulta equilibrado, ecuo y comunitativo, a pesar de sus expresiones de alza o «elevación» de la renta, ya que esta elevación, precisamente, puede o no favorecer a una sola parte, debido a que su función puede ser diversa, según repéruta en el equilibrio o desequilibrio económico de las prestaciones. Así, en

la época en que la alteración del valor de nuestra unidad monetaria sea de tendencia mantendidamente inflacionaria —como ocurre y se aprecia en las últimas décadas—, el que las partes pacten una elevación de la renta, no puede ser sospechosa de abusiva y, mucho menos, de especulativa. Son mayor razón cuando dicho pacto se ha puesto funcionalmente ya adecuado a los «índices ponderados del costo de la vida», entonces, la elevación lo que hace es corregir, nivelar y tratar de que se mantenga la equivalencia de las prestaciones que dicha inflación ha venido deteriorando respecto al poder adquisitivo de la cuantía de la renta.

Otro supuesto sería en el caso de que la tendencia de la alteración del valor monetario fuese deflacionista y el deudor o arrendatario se viese perjudicado por una revalorización o alza del poder adquisitivo del dinero, entonces, la ventaja de las llamadas «cláusulas de estabilización» estaría en que previenen automáticamente los dobles y ambivalentes efectos que pueden ocasionar las alteraciones monetarias (inflación-deflación), debido a que su corrección repercute directamente en el índice económico general obtenido por el Instituto Nacional de Estadística (actualmente el IPC, o «índice de precios al consumo») y por ello, resultan siempre justas, equivalentes, lícitas y válidas.

No obstante, porque las partes no hayan elegido una cláusula estabilizadora y sí una elevación de la cuantía de la renta, no por ello se puede decir inicialmente que sea nula, ilícita o inválida; dependerá, en primer lugar, de su tolerancia legal (art. 98 LAU), de las circunstancias económicas en que se desenvuelve y en el modo de cómo se pacte, por lo que su interpretación deberá ser consecuente y equitativa, tal como en el caso de autos fue valorada.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS
Jorge CARAMES
Francisco LLEDO
Aurora RUIZ FERREIRO

I. DERECHO CIVIL

3. Obligaciones y contratos

1. *Resolución de contrato. Requerimiento previo.*—«... la circunstancia de que en principio ... hubiese sido acordado entre demandantes ... declarar resuelto el contrato de compraventa ... no quiere decir que efectivamente así hubiese quedado acordado de modo definitivo, desde el momento en que, según reconoce el propio demandado ... con posterioridad ... ofreció y le fue aceptada ... pagar el precio pendiente en la forma que resulta del documento ... , con ello lo que se está poniendo de manifiesto es que, a partir de ese ofrecimiento y aceptación, se dio nuevamente vida al meritado contrato ... en cuanto que lo que se dispuso fue la continuidad de sus principales efectos ... y que incumplidos por el comprador ... fue el determinante de la nueva resolución contractual acordada por los vendedores ... mediante el referido acto de conciliación ... y cuyo acto de conciliación ... contiene decisión de dar por resuelto el contrato ... pues el manifestarse en «decisión de resolver el contrato» si no se cumple con determinadas circunstancias, una vez incumplidas y dado el aspecto condicionante de aquéllas para que la resolución surta sus normales efectos, es tanto como «dar por resuelto», pues no cumple la exigencia de ser una mera actividad «in potentia», sino la realidad de un hecho «in actu», es decir, cumplir la efectividad de una resolución por no cumplirse la condicionante señalada para que no se produjese» (Sentencia de 25 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(A. R. F.)

2. *Resolución de contrato. Incumplimiento.*—«... pues no se trata ... de una infracción mínima de sus obligaciones contractuales, sino ... de una conducta rebelde y declarada a su cumplimiento, que deduce de su no contestación a los requerimientos privados ... para que aportara la documentación necesaria y en su abandono y dejación ... a solucionar los problemas que la construcción del edificio le planteaban con el arquitecto y con el propietario del edificio colindante, salvo el acto de conciliación celebrado con éste sin avención, dejando transcurrir más de un año y medio sin que tratara de solucionar las dificultades dichas ... pues aunque es cierto que en los contratos relativos a las plantas bajas no se fijó expresamente fecha de entrega ... lo que si conforme al art. 1.128 y atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación no implicase que la entrega de tales bajos debía realizarse al propio tiempo que la de las viviendas de la primera planta alta, debería llegar a la misma conclusión por aplicación de la doctrina jurisprudencial que declara que por el largo lapso de tiempo transcurrido desde

que el deudor debió cumplir su obligación, debe entenderse vencido el plazo tácito del pár. 1 del art. 1.128, o aquél que se dejó a la voluntad del deudor, sin olvidar ... que ... el juzgador de instancia, valorando todas las circunstancias concurrentes rechazó la existencia de justa causa, tanto para enervar la acción resolutoria como para la fijación de un nuevo plazo de cumplimiento, y tales presupuestos de hecho no han sido desvirtuados...» (Sentencia de 15 de diciembre de 1984; no ha lugar). (A. R. F.)

3. *Reclamación de cantidad. Documento auténtico.*—«... no merecen la calidad de auténticos los documentos que hayan sido examinados y ponderados por el juzgador de instancia...».

Objeto y finalidad del contrato.—«... las ... sentencias ... declaran ... que el verdadero objeto y la finalidad del contrato en cuestión «eran la de adquirir un determinado terreno como superficie edificable y apta para construir y dar cima al proyecto ... del que ya se tenía licencia de construcción; proyecto y licencia que también se adquirían ... por lo que aun tratándose de un bien mueble con un único precio alzado no por razón de un tanto correspondiente a una unidad de medida o número, era esencial que tuviera una medida por lo menos la mínima necesaria para poder lograr la finalidad perseguida, de tal forma que así se pudiera realizar la construcción de acuerdo con la Corporación Local implicada en su desarrollo...».

Cuestión nueva.—«... dicha motivación ha de ser desestimada, porque centrada en que ... al haber incumplido la actora su obligación de incluir las viviendas construidas en el régimen de Protección Oficial, los recurrentes no venían obligados a cumplir; pues bien ... el tema indicado no fue tratado en ninguna de las dos instancias por lo que aparece aquí como nuevo...». (Sentencia de 14 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(A. R. F.)

4. *Cesión de crédito. Compensación frente al cedente.*—Habiendo hecho saber el cesionario al deudor su condición de acreedor mediante notificación notarial sin que el notificado formulase objeción ni reserva alguna, no puede enervar su obligación de pago oponiendo al cesionario, cuando éste le reclama judicialmente —dos años después de la notificación—, la existencia frente al cedente de un saldo favorable al deudor resultante de una liquidación de cuentas practicada antes de que la cesión tuviera lugar, cuya eficacia compensatoria alegada en este momento no puede aceptarse sin culcar el art. 1.198 del Código civil. (Sentencia de 23 de enero de 1985; ha lugar.) (J. C.)

5. *Causa del contrato.*—En nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones, fin inmediato al que la atribución se dirige, y en consecuencia cifrada la causa en la finalidad genérica prevista por la norma, salvo los supuestos excepcionales en que el designio concreto ha sido incorporado al negocio como determinante de la declaración de voluntad, la ine-

fectividad de la prestación prometida, en cuanto evento posterior a la formación del contrato, no opera en la reglamentación del Código civil como falta sobrevenida de dicho requisito, a manera de causa fallida (*causa non secuta*), sino que tal circunstancia está relacionada con la posibilidad de instar la resolución del vínculo con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro del mismo cuerpo legal, dada la interdependencia de las obligaciones, o, si se trata de imposibilidad sobrevenida y por tanto de una situación que impide alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, se liga con la teoría de los efectos de tal frustración, que precisamente parte de un negocio válidamente celebrado, como tal sin falta de ninguno de sus elementos a tenor del artículo mil doscientos sesenta y uno. (Sentencia de 17 de enero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Es un supuesto de cesión de determinados modelos de utilidad y patentes, cuya explotación adquirió el demandado mediante el pago de un canon mensual que se estipula, y se condenó al recurrente a resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento. (F. LL.)

6. Condiciones de aplicación del art. 1.101 C. c. (indemnización por daños y perjuicios).—Para la entrada en juego del citado artículo, únicamente se requieren: la existencia de una relación contractual entre las partes, un resultado dañoso claro y fijado o al menos determinable, la existencia de culpa por una de las partes.

Error de derecho.—Para apreciarlo es preciso que tanto la norma alegada como vulnerada regule el valor y la eficacia de un concreto medio de prueba, como que se refiera real y efectivamente a pruebas practicadas en la pertinente fase del juicio, caracteres estos que evidentemente no reúnen los escritos de demanda y en su caso reconvención, réplica y dúplica, en cuanto constituyen parte integrante de la denominada fase de alegaciones y no de la probatoria; por otra parte, la demanda reconvencional no tiene la consideración de documento público. (Sentencia de 19 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad dedicada a la venta de prendas por ella confeccionadas concertó con otra (fabricante de tejidos) la adquisición de uno determinado con objeto de elaborar prendas de vestir. La sentencia de primera instancia, confirmada por la de la apelación, condenó a la sociedad compradora a abonar la cantidad que adeudaba en razón de la adquisición del género servido. Como consecuencia de la absoluta inhabilidad del género suministrado para el cumplimiento del fin a que estaba destinado y había sido adquirido se produjeron daños a la sociedad compradora (demandada en el proceso), de tal suerte que se admitió la reconvención formulada por ésta, condenándose a la referida actora a satisfacer a la reconviniente en concepto de daños y perjuicios una determinada suma. (F. Ll.)

7. Compraventa. Vicios de la cosa que la inutilizan para su destino. Acción.—Según doctrina jurisprudencial reiterada, cuando la cosa entregada en cumplimiento del deber contractual, más que aquejada de defectos o de

vicios adolezca de total inhabilidad o aptitud para su destino normal pactado, hasta el punto de no servir el interés contractual y económico del accipiens, no obstante haber cumplido éste su contraprestación, procede la resolución ex artículo 1.124 del Código civil —y no el saneamiento ex artículos 1.484 y siguientes del mismo Código— por cuanto supone un incumplimiento total (no mero defecto), significado por la entrega de una cosa distinta a la pactada, para cuya consideración lo determinante no es la cantidad o calidad de lo que usualmente se califica como defecto, sino la inutilidad con la consiguiente frustración de la previsión contractual. (Sentencia de 25 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)

8. *Retracto convencional.*—Lo convenido en la escritura pública fue una condición en sentido técnico al referir la resolución de derechos adquiridos por el comprador a un acaecimiento futuro e incierto absolutamente independiente de la voluntad de la vendedora, pugnando por ello el pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa y dependiente de la sola voluntad del vendedor que el *retracto convencional* significa. A lo que es de añadir que en el caso concreto aquí enjuiciado la reversión de terrenos que cumplida la condición opera en favor del vendedor tiene un alcance limitado que al no afectar a la totalidad de la cosa que fue objeto del originario contrato de compraventa hace que no pueda identificarse el convenio con lo que el pacto de retroventa significa según la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.507 del Código civil. (Sentencia de 28 de diciembre de 1984; ha lugar el recurso).

9. *Compraventa de inmueble. Requisitos para que opere la resolución.*—Es preciso, según tiene reiteradamente declarado esta Sala, una actitud del deudor más o menos culposa o dolosa contraria al normal desarrollo del proyecto y ejecución contractual (S. de 27 de mayo de 1980), lo que evidentemente excluye el supuesto en que no se cumplió por existir una imposibilidad física o jurídica, que sólo los tribunales de justicia podrán estar en condiciones de apreciar (S. de 7 de marzo de 1983), y en el supuesto que nos ocupa la resolución recurrida aprecia como hecho acreditado no combatido en casación una voluntad de cumplimiento muy lejana y distante de la persistente y rebelde que la jurisprudencia exige para la aplicación de los artículos 1.104 y 1.504 del Código civil, por lo que procede la desestimación del motivo. (Sentencia de 27 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promovió demanda de resolución de compraventa de un piso por falta de pago del precio convenido, recayendo sentencia de la Audiencia Territorial, en la que confirmando la del Juez de Primera Instancia, desestimó la demanda, ya que había existido ofrecimiento de pago y consignación. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con otras precedentes, que al referirse al artículo 1.504 del Código civil exigen la concurrencia, de igual manera que en el artículo 1.124, de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento, con lo cual, como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. 2º, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 370), los efectos del artículo

1.504 son muy debilitados. Muy clara es al respecto la S. de 1 de octubre de 1983 y la de 30 de octubre de 1981, reseñadas ambas en este ANUARIO (1984 fasc. 3.º, pp. 892-893). El fundamento de esta doctrina jurisprudencial se encuentra en que el artículo 1.124 tiene un carácter genérico que completa al específico del 1.504.

(A. C. S.)

10. *Viviendas de Protección Oficial. Sobreprecio. Competencia de la jurisdicción civil.*—En los contratos normados o regulados en algunos de sus aspectos (aquí el elemento esencial precio) por la Administración en aras del interés social prevalente (art. 47 de la Constitución: derecho a una vivienda digna), no por ello pasa a que se atribuya a aquélla la competencia para conocer de los conflictos de orden civil sustantivo que el cumplimiento o incumplimiento de esos contratos aparezcan o suscitan, sin perjuicio naturalmente de las sanciones reglamentarias pertinentes (multas o pérdida de beneficios económicos y fiscales), quedando reservada a la jurisdicción civil el tema propiamente contractual sobre la validez o eficacia de la relación obligatoria, absoluta o relativa, mediante la aplicación delegada de esas normas que, como tales, vinculan al juez en su referencia a uno de los requisitos esenciales del contrato como es el de la licitud de la causa, exigiéndose que ésta no se oponga a las leyes, aquí la de 24 de julio de 1963 y Reglamento de 24 de julio de 1968, que, en concreto, prohíben terminantemente la percepción de sobreprecio o exceso respecto del señalado en la cédula de calificación definitiva, sea cual fuere el concepto, en primera o en segunda transmisión.

Maniobra fraudatoria.—El mecanismo de la cesión se presenta como una maniobra fraudatoria para evitar que se aplique una ley prohibitiva, sin que todo ello lo excuse o ampare la existencia de sanciones administrativas.

Congruencia.—El deber judicial de congruencia no se viola cuando, respetándose el hecho o hechos, se aplican a los mismos la norma o normas que justamente les conviene, ya porque tales hechos lo exijan de modo natural, ya porque el ordenamiento jurídico contenga disposiciones de carácter imperativo o prohibitivo que por su propia naturaleza hagan obligatoria su observancia, incluso de oficio, todo ello para evitar que los fallos de los tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener apoyo y base fundamental en hechos torpes o constitutivos de delitos, absurdo ético inadmisible, por lo que obró correctamente la Sala de instancia al aplicar la norma pertinente y obligada (*iura novit curia*) en cuanto el contrato de cesión de derechos contravenía directamente el orden jurídico económico y, en concreto, el artículo 112 del Reglamento citado.

Nulidad parcial.—Existe reiterada doctrina que sanciona con la nulidad parcial el contrato referido a viviendas de protección oficial, es decir, con la restauración del precio tasado como integrante del contrato y aneja devolución de lo indebidamente percibido, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código civil. (Sentencia de 27 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de una vivienda, sujeto al régimen de la protección oficial, incluido garaje. Más tarde el comprador cedió todos sus derechos derivados del contrato en cuestión al demandante, con lo que el cedente obtuvo un beneficio de novecientas nueve mil pesetas, que es la cantidad que el actor cesionario reclamó en la demanda por entender que lo había abonado indebidamente, a lo que accedieron el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Sobre el problema del sobreprecio en la venta de viviendas de protección oficial, véase las reseñas a las SS. de 26 de febrero de 1983, que coincide sustancialmente con la que anotamos (en este ANUARIO, 1983, fascículo 3.º, pp. 1019-1020), al decir que la fijación del precio por la ley obliga a su cumplimiento, hasta el punto de sancionar con la nulidad por ilicitud todo precio de vivienda protegida que exceda del señalado en la cédula de calificación definitiva. Véase también la S. de 21 de noviembre de 1984, que reseñamos en este fascículo del ANUARIO. (A. C. S.)

11. *Precio de venta de viviendas de protección oficial.*—Ha de venir determinado, dada la fecha de las correspondientes compraventas, no por lo consignado en la cédula de calificación definitiva, sino por lo fijado al respecto en el Decreto de 4 de marzo de 1972, sancionador del precio legal máximo para la venta de las viviendas de autos, claro es que ninguna aplicación tiene, en cuanto al indicado precio de venta, la tan meritada cédula por venir regido específicamente por una norma jurídica posterior.

Cédula de calificación definitiva.—Reúne la condición de documento público con su consiguiente fuerza probatoria.

Pacto de otorgamiento de escritura pública en el acto de conciliación.—Al estar vinculado con los relacionados contratos de compraventa, hace que este pacto haya pasado a formar parte complementaria de aquellos contratos, con posibilidad de exigencia de efectividad de lo a tal fin convenido, y sin que a él obste tener los compradores pendiente de pago parte del precio y obligaciones contractuales derivadas de las expresadas compraventas, por la sencilla razón de que el expresado convenio de otorgamiento de escritura pública se estableció sin supeditación a condicionante alguna. (Sentencia de 21 de noviembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Una vez vendidas determinadas viviendas de protección oficial, los compradores solicitaron en la demanda que se condenase al vendedor a devolver ciertas cantidades, como sobreprecio indebidamente percibido, y que se otorgasen las escrituras de propiedad. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción de falta de jurisdicción. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación al no haberse tomado en cuenta el testimonio del acto de conciliación mediante el cual las partes convinieron otorgar las correspondientes escrituras en el plazo de treinta días.

NOTA.—Véase la anotación a la S. de 27 de noviembre de 1984 en este fascículo del ANUARIO, relativa al sobreprecio en la venta de vivienda de protección oficial. (A. C. S.)

12. *Viviendas de Protección Oficial. Sobreprecio. Nulidad de la cláusula.*—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que la contravención de las normas prohibitivas de percepción de sobreprecio en la enajenación de viviendas de protección oficial determina la nulidad de la cláusula contractual en la que fueron infringidas y no autoriza a decretar la nulidad total de la compraventa en que se contiene, porque según expresa la Sentencia de 20 de marzo de 1979 la vulneración de dichas normativas no puede traducirse, en el ámbito civil, en la nulidad de la compraventa, que sólo redundaría en beneficio del vendedor, sino en la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo, ya que dichas disposiciones administrativas sólo prevén la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Y para ello no es óbice la aplicación del art. 1.445 del Código civil en cuanto que la exigencia que contiene de fijación de un precio cierto, pues en los supuestos de contratación normada, como sienta la S. de 11 de febrero de 1983, el requisito del precio cierto lo determina la disposición legal que lo autoriza con carácter imperativo e inderogable. (Sentencia de 3 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)

13. *Arrendamiento. Reparación de elementos comunes.*—Ocasionadas las filtraciones productoras de humedades e inundaciones por falta de limpieza en el colector general y principalmente, por defectuosa configuración constructiva de muro de carga y de pavimento —todos ellos de elementos comunes— tales irregularidades en elementos de esta naturaleza no pueden ser imputadas al propietario arrendador de un local ni puede imponérsele responsabilidad por no efectuar reparación de esos elementos, que no sería de su cargo, con lo que tampoco son de aplicación los artículos 1.554 y 1.560 del Código civil a los efectos de la obligación de reparar que incumbe al arrendador, que carecen de oportunidad en régimen de propiedad horizontal cuando el menoscabo hay que referirlo a elementos comunes siendo los daños producidos ajenos por entero a las instalaciones y componentes propios del local arrendado. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984; ha lugar.)

(J. C.)

14. *Arrendamiento de local. Cláusula de revisión de renta. Interpretación.* En aplicación del artículo 1.284 del Código civil que obliga a interpretar el pacto en el sentido de favorecer su total validez y efecto, en relación con el párrafo segundo del 1.281 y 1.285 del mismo cuerpo legal, debe llegarse a la conclusión de estimar la validez de la cláusula en el caso objeto de la presente *titis*. Porque la citada cláusula no impone una revisión de la renta en sentido lineal, unilateral, progresiva y periódicamente constante, con lo cual bien se puede concluir en favor de su validez, mientras de su letra y espíritu no se desprenda esa forma, contraria a la equivalencia de prestaciones en el tiempo. (Sentencia de 23 de enero de 1985; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Que la acción entablada en el proceso origen de este recurso tendía a la reclamación que la entidad arrendadora hacía al arrendatario del local cedido por aquélla del importe de las rentas revisadas a la que se opuso dicho arrendatario.

(F. Ll.)

15. *Intervención del arrendador en el traspaso.*—El traspaso, como figura definida en la Ley de Arrendamientos Urbanos (arts. 29 y ss.), no precisa del consentimiento del arrendador, pero tampoco excluye que éste intervenga en la operación o negocio jurídico de algún modo y preste su consentimiento expreso y previo para el mismo, supuesto ya contemplado y estudiado en la S. de esta Sala de 1 de diciembre de 1983, con la consecuencia de evitar o excluir otras formalidades o requisitos legales.

Traspaso de local de negocio autorizado por el arrendador.—Los convenios simultáneos (renuncia al arriendo con la condición de la entrada del tercero designado por ambos y pacto de arrendatario y tercero de cesión del local) forman un complejo contractual no separable en unidades o pactos aislados, en cuanto están indicando elocuentemente que la resolución pactada entre arrendador y arrendatario estaba subordinada explícita y tajantemente a la condición o presupuesto de la entrada de otro arrendatario, mutuamente aceptada, con el aumento de renta y renuncia a la participación en el precio del traspaso, sin que, en definitiva, tal interpretación y calificación final pueda tacharse de atentatoria ni a la letra ni al espíritu del pacto, como naturalmente se infiere de la consideración de que no tendrían sentido los contratos en sí mismos o por separado, así deducible de su redacción y de sus fechas, es decir, por ser complementarios e integrantes en suma de un contrato de traspaso autorizado por el arrendador. (Sentencia de 23 de noviembre de 1984; no ha lugar)

HECHOS.—El demandante era propietario de un local de negocio que arrendó a uno de los demandados. Ambos suscribieron un convenio por cuya virtud el arrendatario renunciaba al arrendamiento con la única condición de que dicho local fuese arrendado a un tercero, también demandado, bajo ciertas condiciones. Llegada la hora del cumplimiento, los demandados dieron por rescindidos y anulados los contratos señalados. El demandante solicitó en la demanda que ejecutase lo pactado y fuese indemnizado de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

16. *Cláusula de estabilización nula. Doctrina de los actos propios.*—No se quebranta el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos toda vez que de los diversos requisitos que esta Sala ha sentado para que dicho principio tenga virtualidad es esencial el que exige para que pueda estimarse que los actos realizados sean jurídicamente eficaces y que sean válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico, efecto que no puede aplicarse a las rentas satisfechas de conformidad con una cláusula de estabilización nula por contravenir la reiterada doctrina de esta Sala que decreta esa nulidad cuando, como en el caso debatido, se limita a contemplar únicamente el aumento de renta y no su disminución.

Condictio indebiti.—Las atribuciones patrimoniales operadas en el supuesto de pago de rentas en cumplimiento de cláusula inválida lo son sin causa o fundamento jurídico, a pesar de haber sido producidas a través de una

prestación voluntaria, por lo que la acción para obtener la restitución puede calificarse de *conductio indebiti*, aunque en el supuesto contemplado no juegue el error como requisito, a diferencia de lo que ocurre en el pago de lo indebido, pero que no impide encuadrar las acciones derivadas del artículo 1.303 en la previsión del 1.901, pues en efecto se pagó cosa que nunca se debió.

Presunción hominis.—No es admisible cuando el hecho del que ha de deducirse no está completamente acreditado. (Sentencia de 31 de octubre de 1984; *ha lugar*.)

HECHOS.—Los Tribunales de Instancia y el Tribunal Supremo consideran nula una cláusula de aumento anual de la renta en un diez por ciento en el arrendamiento, por contemplarse únicamente el aumento de renta y no su disminución posible.

NOTA.—En relación con la cuestión de la cláusula de estabilización de la renta en el arrendamiento se sigue en esta sentencia la doctrina constante del Tribunal Supremo, que ha afirmado reiteradamente la validez de las cláusulas de estabilización que juegan en beneficio o en contra del arrendador, pero no admite la validez de las de aumento periódico y constante de la renta por temor a que se haga ilusorio el derecho de prórroga forzosa, al no poder soportar el arrendatario la constante elevación de la renta. Véase el completo análisis que ha llevado a cabo BONET CORREA, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y elevación ante el Tribunal Supremo*, 4.^a ed., Pamplona, 1982. También tienen interés sus comentarios a las SS. de 31 de octubre de 1983 (en este ANUARIO, 1984, fasc. 4.^o, pp. 1231-1236), 22 de junio de 1983 (en este ANUARIO, 1984, fasc. 2.^o, pp. 552-558) y 20 de noviembre de 1980 (en este ANUARIO, 1982, fasc. 2.^o, pp. 520-529).

Sobre el requisito de que el acto realizado sea jurídicamente eficaz para que se aplique la doctrina de los actos propios, admitido de forma constante por la jurisprudencia, véase DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, pp. 201-206) que examina, a la luz de la jurisprudencia una serie de casos referentes a dicha cuestión. (A. C. S.)

17. *Arrendamiento de industria*.—Se estará en presencia de un arrendamiento de industria, excluido de la ley especial, cuando el arrendatario reciba, además del local, el negocio o industria en él establecido, funcionando o no, pero sí dotado de todos aquellos elementos que formando una unidad patrimonial sirvan para el fin propuesto, es decir, la explotación de la industria o negocio. Esta apreciación junto con la calificación e interpretación del convenio, es propia del juez o tribunal, quien para ello habrá de estar tanto a la expresión de las voluntades, como a los actos y circunstancias concurrentes, y contra lo cual no deberá prevalecer la interpretación de la parte, salvo que se acreditaría un exceso en la judicial. (Sentencia de 21 de enero de 1985; *no ha lugar*.) (F. Ll.)

18. *Arrendamiento rústico. Deshaucio. Error de hecho*.—«... motivo que debe rechazarse porque su argumentación respecto al expediente administrativo de sanción que se siguió por la corta de árboles y respecto al dictamen pericial emitido en los autos no destruye la declaración impugnada, en relación: primero, al hecho de que la corta de árboles se ha producido en la finca

arrendada, sin la autorización del arrendador; segundo, a la calificación de graves de los daños producidos; y tercero, a que los mismos se han debido si no a dolo, al menos, como se dice anteriormente, a manifiesta negligencia de los arrendatarios o a un desmedido afán de lucro; es decir, la argumentación del motivo deja indemnes los supuestos de hecho que condicionan la aplicación de la indicada causa resolutoria del contrato locativo; todo ello sin olvidar que lo que los recurrentes pretenden es sustituir el imparcial criterio valorativo del juzgador respecto a las pruebas documental y pericial, por el suyo parcial e interesado...».

Cesión de aprovechamiento secundario.—«... el art. 4 del Reglamento faculta al arrendatario para ceder los aprovechamientos espontáneos o secundarios, como pastos y otros, cuando la finca sea susceptible de ellos y éstos no fueran los principales de la misma, no es menos cierto que en el caso de *litis* el aprovechamiento ganadero cedido por los arrendatarios a tercero no puede considerarse excluido de la prohibición legal si se tiene en cuenta que la estipulación tercera del contrato arrendatario, a efectos del cálculo para revisión de la renta, considera que el cincuenta por ciento de la misma corresponde a las tierras de labor y el otro cincuenta por ciento a las de pastos, y la sentencia de instancia resalta, además, la importante extensión de la finca dedicada a ganadería...». (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(A. R. F.)

19. *Arrendamientos colectivos de la Ley de 23 de febrero de 1940. Naturaleza de la situación.*—Las comunidades surgidas entre los campesinos asentados al amparo de la Ley de Reforma Agraria de 1932 constituyan una comunidad de bienes por las normas del Código civil carentes de personalidad jurídica y que con la Ley de 1940 no se transforman en comunidades arrendatarias, con conversión automática de sus miembros en arrendatarios, sino que lo que se transforma es la situación de éstos, individual y nominalmente considerados, en arrendatarios, los cuales se organizan en régimen de comunidad, que tiene ahora un objeto distinto, si a todo ello se aviniere el propietario cuya aquiescencia directa y concreta es necesaria.

En consecuencia, los campesinos asentados que resultaron expulsados antes de esta Ley no pueden reclamar su integración en la presunta comunidad arrendataria ni la cualidad actual de arrendatarios que no tuvieron nunca y cuya concesión no podía hacerse por los actuales, constituidos en comunidad, por carecer de facultades al efecto, requiriéndose el indispensable consentimiento del propietario. (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)

20. *Arrendamiento rústico. Cultivador personal.*—No reconocida la condición del arrendatario de cultivador personal, no le es aplicable conforme a la citada e invocada disposición transitoria 1.^a, apartado 1.^º, la duración del contrato que la nueva ley señala, sino que por ser contrato celebrado con anterioridad a la vigencia de la misma, su duración ha de regirse por la legislación anterior, contenida en el art. 9 del Reglamento de 29 de abril de 1959; duración que se limita a tres años para las fincas de aprovechamiento

to ganadero como es la litigiosa y que al haber transcurrido ya al ser interpuesta la demanda da lugar a la estimación de éste con las consecuencias que señaló la sentencia recurrida. (Sentencia de 12 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Las cuestiones fundamentales debatidas en la litis se reducen a determinar si el demandado en la instancia y actual recurrente tiene la condición de cultivador personal y como consecuencia si le es aplicable el régimen de duración del contrato de arrendamiento rústico ganadero que señala la nueva ley especial de esta materia de 31 de diciembre de 1980. El Juez de Primera Instancia llegó a la conclusión de que el arrendatario no reunía aquella condición. En cambio, la Audiencia Territorial consideró que el arrendatario no merecía la calificación de cultivador personal por haberse acreditado la existencia de terceras personas en la finca arrendada con introducción incluso de ganados. No ha lugar al recurso de casación.

21. *Vicios de construcción. Responsabilidad.*—En el caso del art. 1.591 del Código civil, la responsabilidad solidaria es la esencia de dicho precepto, conforme tiene declarado reiteradísima doctrina de la Sala.

Solidaridad pasiva. Asunción de cumplimiento por uno de los deudores.—Supuesta la esencialidad del carácter solidario de la responsabilidad en el caso del art. 1.591 del Código civil, la asunción de cumplimientos de la prestación por uno solo de los deudores solidarios demandados no constituye obstáculo a la solidaridad; y tampoco implica la novación subjetiva de la relación obligatoria al tener todos los demandados la condición de deudores. (Sentencia de 1 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso la comunidad de propietarios de un inmueble demandó por vicios ruinosos al promotor-constructor, arquitecto y aparejador, que resultaron condenados solidariamente. Previamente, el constructor-promotor se había comprometido con la comunidad a realizar las obras de reparación necesarias, lo que no cumplió, dando lugar a la demanda.

(J. C.)

22. *Naturaleza de la responsabilidad decenal de arquitectos y constructores.*—Sean de origen y régimen legal las obligaciones nacidas del párrafo 1º del art. 1.591 del Código civil, conforme a la naturaleza que les viene atribuyendo la jurisprudencia de esta Sala a partir principalmente de la S. de 5 de mayo de 1961 hasta la de 12 de febrero de 1981, o (como sostiene un autorizado sector de la doctrina) tengan un origen legal que haya de relacionarse, por tener su *ratio* en un actuar culposo o negligente, con la responsabilidad aquiliana del artículo 1.902, como se apreció en la S. de 13 de febrero último, siempre y en cualquiera de estas dos tesis, únicas aceptables, las responsabilidades contempladas por el precepto invocado son independientes y se desenvuelven al margen de todo vínculo contractual, aunque sin estorbar las de este origen, que pueden coexistir con las aquí exigidas (Sentencia de 14 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Los comitentes contrataron a un ingeniero agrónomo para que realizase el proyecto y dirigiese la construcción de un pabellón. Una vez construido se produjo su derrumbamiento por graves defectos de estructura. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al demandado a que abonase al actor una determinada cantidad de dinero en concepto de resarcimiento. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Tal vez sea esta sentencia la que de forma más clara niega la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, regulada en el párrafo 1º del art. 1.591 del Código civil. Conviene destacar, sin embargo, que las SS. de nuestro Tribunal Supremo, como las de 5 de mayo de 1961 y 18 de noviembre de 1975, que afirman el origen legal de la responsabilidad decenal no suministran un argumento decisivo en favor de la naturaleza aquiliana de la misma, ya que ello puede entenderse en el sentido de que no se precisa que haya sido pactada por los contratantes la garantía decenal para que sea operativa, como ha precisado CADARSO (*La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 107). Precisamente, en la importante S. de 5 de mayo de 1961 se afirma que el demandante está revestido de la acción que le concede el art. 1.101 del Código civil con carácter general y específicamente el art. 1.591...», con lo cual no parece aventurado pensar que este precepto parece vincularse al régimen de la responsabilidad contractual. El hecho de que la garantía decenal tengan origen legal no determina, a nuestro juicio, que necesariamente deba afirmarse la naturaleza extracontractual de la responsabilidad decenal, sino, más bien, que estamos frente a un supuesto de determinación heterónoma de la reglamentación contractual, ya que, de conformidad con el art. 1.258, los contratos obligan desde su perfección no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Esta tesis viene, además, avalada por los antecedentes históricos del art. 1.591, tal como ha evidenciado CADARSO (*op. cit.*, pp. 101 ss.) al analizar las Partidas (P. 3,32,21 y P. 5,8,16) y los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, así como el argumento sistemático, pues el art. 1.591, párrafo 1º, se encuentra situado en la sección que regula las obras por ajuste o precio alzado. Se mueve, por tanto, dentro del ámbito contractual, a diferencia del art. 1.909, que contempla un problema semejante, pero al ser perjudicado un tercero, con toda lógica, aparece enmarcado dentro de la normativa relativa a la responsabilidad extracontractual. Sobre toda esta problemática pueden consultarse la citada monografía de CADARSO, así como el importante estudio de GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de edificio ex artículo 1.591 del Código civil*, en este ANUARIO, 1963, pp. 1503 ss., cuya tesis parece seguir el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, y la monografía de HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, vol. 1º, Granada, 1977, p. 183 ss.

(A. C. S.)

23. Contrato de obra. desistimiento.—Es doctrina reiterada de esta Sala que el artículo 1.594 del Código civil es aplicable a toda clase de contratos de obra, no sólo a los realizados con ajuste a precio alzado (SS. de 24 de enero y 19 de febrero de 1970 y 19 de noviembre de 1971), puesto que el texto de esta norma no distingue según las clases de contratos a que haya de aplicarse. Además, si el fallo recurrido se limitó a condenar al demandado, ahora recurrente, al pago de una cantidad, que restaba por liquidar a consecuencia de unas obras realizadas por el demandante, no se descubre la razón por la que el derecho de desistimiento de la obra, ejercitado con anterioridad a la *litis*, haya de actuar en el aspecto jurídico más que como hecho probado incontrovertido, y en consecuencia ninguna infracción se ha cometido del artículo invocado. (Sentencia dc 25 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor era constructor y en tal concepto efectuó determinadas obras por encargo del demandado. Según el actor el demandado había roto unilateralmente el contrato y había encargado a otros constructores para que continuasen las obras. A ello se opuso el demandado alegando que el actor había abandonado las obras y renunciado a su continuación. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—El desistimiento unilateral del comitente como bien dice la sentencia que se reseña es aplicable a toda clase de contrato de obra, ya que el art. 1.594 del Código civil no exceptúa caso alguno. Véase nuestra anotación a la S. de 5 de mayo de 1983 (en este ANUARIO 1984, fasc. 2.^o, pp. 599-600) donde damos noticia de otras sentencias precedentes en torno al citado artículo.

(A. C. S.)

24. Inexistencia de pacto societario.—Son supuestos fácticos no desvirtuados por la vía que ofrece el ordinal 7.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que falta la intención de demandante y demandado de constituir sociedad —*affectio societas, animus contrahendi societas*— así como que llegaran a constituir un patrimonio común.

Determinación de la naturaleza jurídica del contrato.—Entraña, independientemente de los fundamentos fácticos en que se apoya, un problema de hermenéutica y por ello el criterio al respecto de la Sala sentenciadora en la instancia ha de desvirtuarse acusando la vulneración de las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil. (Sentencia de 19 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor y el demandado mantuvieron relaciones consistentes en la gestión del despacho de mercancías ante dos aduanas en interés del principal o clientes del mismo. En la demanda se alegó una deficiente gestión solicitándose una determinada cantidad de dinero, la rendición de cuentas de todas las operaciones realizadas y la devolución de toda la documentación. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, negando que existiera una sociedad civil, tal como afirmaba el demandado. No prospera el recurso de apelación ni el de casación.

25. Contrato de préstamo. Causa de pedir.—«... que se reclama con apoyo no tanto en la existencia de un contrato de mutuo de dicha cantidad otorgado por los demandantes a la entidad demandada ni dependiendo de las condiciones de dicho contrato ni de que cayeran éstas dentro o estuvieran abarcadas por los poderes de los órganos de la Sociedad ... sino que la condena que este recurso impugna surge, propiamente del distinto dato ... de haberse ingresado el importe de los talones recibidos de la parte demandante en las cuentas de la entidad demandada y en haber ésta dispuesto de los fondos así adquiridos para sus fines sociales...».

Firmeza.—«... que la sentencia del juzgado desestimatoria de la reclamación de los intereses pactados ... no fue recurrida por la parte demandante sino únicamente por la entidad demandada sin que le sea procesalmente

lícito a aquella parte demandante volver sobre una pretensión cuya denegación ganó firmeza al no haberla impugnado en la instancia por la vía del recurso ordinario de apelación». (Sentencia de 22 de octubre de 1984; no ha lugar).
(A. R. F.)

26. *Casación. Ley de represión de la usura.*—En materia de la indicada ley ha de armonizarse la facultad discrecional concedida a los Tribunales —incluido el de casación— por su artículo 2 con las exigencias y limitaciones propias del recurso de casación por infracción de ley, de modo que ante el Tribunal Supremo no tenga lugar en estos pleitos una tercera instancia, desentendiéndose de las apreciaciones, criterios y convicción de las inferiores, sino que debe estarse en casación a lo resuelto por el Tribunal a quo, a menos que claramente se hayan vulnerado por éste los artículos de dicha ley especial o en la apreciación de los hechos se haya procedido con tal error que conduzca a injusticia notoria, máxime cuando en esta materia han de tenerse en cuenta no sólo las alegaciones de las partes, según expresión del reiterado artículo 2 de la ley, sino también las pruebas practicadas en el juicio.

Usura. Entrega de cantidad menor. Gastos del contrato.—No concurre causa de nulidad —al amparo del artículo 1, párrafo segundo, de la Ley de Usura— cuando la cantidad recibida por el prestatario es menor que la suma figurada como importe del capital del préstamo por razón de haberse deducido una cantidad para gastos e impuestos que en la escritura se habían pactado de cuenta y cargo del prestatario deudor, y siendo dicha cantidad adecuada a tales efectos. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)

27. *Intereses pactados. Ausencia de usura.*—Tampoco es admisible la apreciación de los recurrentes en torno a la supuesta cuantía usuraria de los intereses pactados, en cuanto el nueve con cincuenta por ciento es usual sobre todo en operaciones mercantiles, sin que se pruebe que encubra ningún otro pacto ilícito.

Apreciaciones de la Sala «a quo».—Procede respetarlas en tanto no aparecen en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales. (Sentencia de 29 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante suscribió con el demandado un documento de reconocimiento de deuda, compromiso de pago y afianzamiento mediante hipoteca. En la demanda se suplica que se dicte sentencia por la que se declare nulo dicho reconocimiento de deuda, así como que las letras libradas entrañan un préstamo con intereses usurarios. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

28. *Préstamo usurario.*—Debe tenerse en cuenta que el artículo 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 dispone que los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, siendo, a estos efectos, doctrina constante de esta Sala que los

tribunales de instancia al apreciar la prueba en estos casos han de proceder con un criterio más que jurídico práctico, incluso prescindiendo de aquellas reglas que puedan limitar la libre apreciación, como las que fijan el valor de los instrumentos públicos y las que exigen que los documentos privados hayan de estar reconocidos por las partes a que perjudiquen para que puedan hacer prueba, pues si se aceptase el criterio de dar por válidos y eficaces «*a priori*» actos y documentos cuya validez y eficacia es precisamente lo que en el pleito se discute, quedaría totalmente negada o desconocida la Ley de Usura, y que si bien es cierto que esta facultad de libre formación de convicción respecto al carácter de usurario de un contrato corresponde también al Tribunal Supremo, no es menos cierto que debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hechos fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción del juzgador de instancia, mientras ésta y aquéllos no resultan en evidente disconformidad con las resultancias procesales apreciadas con arreglo al mencionado artículo 2 de la Ley especial.

Principio de legitimación registral o presunción «iuris tantum» de exactitud registral.—Deja de actuar en supuestos como el presente en el que la presunción que emana del asiento es destruida por la resolución judicial que declara su inexactitud, pues es de sobra conocido que la inscripción no convallida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a la ley (art. 33 de la Ley Hipotecaria).

Principio de la fe pública registral.—Falta el presupuesto de actuación de este principio, ya que no puede construirse la figura del tercero hipotecario en cuanto su existencia supone, necesariamente, la transmisión de un derecho del titular registral a quien, confiado en lo que el asiento proclama, lo adquiere a título oneroso y de buena fe y lo inscribe a su vez, y en el caso de *litis* la declarada simulación proclama la inexistencia del negocio traslativo. (Sentencia de 24 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Estimando la demanda el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron que determinadas compraventas de inmuebles eran nulas por simulación absoluta y que la escritura pública de segregación y compraventa y documentos complementarios privados envuelven una operación equivalente a un préstamo usurario, siendo nulos los asientos a que hubieran dado lugar dichos negocios. No prospera el recurso de casación.

29. Fianza. Beneficio de excusión.—«... el precepto que se dice infringido exige, para que el beneficio de excusión pueda aprovechar al fiador, dos requisitos: que se oponga al acreedor «luego que éste le requiera de pago», y que se señalen bienes del deudor realizables dentro del territorio español, artículo el citado, que es entendido en el siguiente sentido: a) El citado beneficio de orden concedido al fiador por el artículo 1.830 del Código civil, no constituye obstáculo para que el acreedor pueda demandar al fiador vencida y no cumplida la obligación principal, siempre que éste no cumpla los requisitos establecidos en el artículo 1.832 de dicho texto legal; b) Consiguientemente, es preciso para que la excusión surta efectos que se oponga en tiempo

y forma y que se designen bienes suficientes para cubrir adecuadamente el importe de la deuda; c) No se ha cumplido ninguno de dichos requisitos en el momento oportuno».

Tiempo y forma de oponer la excusión.—«...la sentencia recurrida es correcta, en cuanto: a) Aparece acreditado que en la «papeleta de conciliación presentada por la actora se requería de pago a los fiadores... b) Personados éstos en el acto de conciliación, no formularon oposición ni señalaron bienes del deudor. c) La conciliación, instituto de naturaleza jurídica muy discutida, tiene a los efectos aquí procedentes el carácter de requerimiento de pago siempre que en la llamada «papeleta» se consigne adecuadamente la pretensión o pretensiones que se deduzcan, esto es, lo que se pide y la razón de pedir, extremos ambos cumplidos en el presente caso. d) Formulada, por tanto, la reclamación pertinente a los fiadores en referida «papeleta», es obvio que éstos debieron en el período de tiempo transcurrido desde la entrega a los mismos hasta el «acto de conciliación» formular la oportuna oposición y hacer la designación de bienes del deudor principal, nada de lo cual hicieron hasta el momento de contestar a la demanda. e) Se ha incumplido, por tanto, el claro pronunciamiento que en orden al tiempo se contiene en ese «luego que» que aparece en el artículo 1.832 del Código civil....». (Sentencia de 30 de noviembre de 1984; no ha lugar).

(A. R. F.)

30. *Reparación de lo destruido. Inexistencia de deuda de valor.*—Es evidente que reconocido en el tercer considerando de la sentencia impugnada que la referida obra se realizó en el año 1977, dicha declaración lleva como consecuencia que el abono de la indicada obra con criterios de evaluación correspondientes al año 1981, cual se ha hecho, no constituya pauta adecuada aun tratándose de «deudas de valor», calificación ésta de dudosa admisión para dicha reconstrucción, desde el momento en que operada la reparación de lo destruido por la entidad perjudicada en el año 1977, el objeto de la deuda indemnizatoria se convirtió en obligación de satisfacer el importe de la reconstrucción, esto es, en una deuda dineraria, lo que aleja la figura del ámbito de las «deudas de valor» caracterizadas porque la perseguido mediante ellas no es otra cosa que asegurar al acreedor un valor determinado que en el momento del cumplimiento o ejecución de la obligación se convierte en una suma de dinero adecuada a las oscilaciones monetarias acontecidas desde su nacimiento. (Sentencia de 19 de noviembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de determinadas voladuras o explosiones, voluntariamente generadas con barrenos, en la cantera o finca del demandado, se produjeron determinados daños a los tres demandantes. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia condenando al demandado a indemnizar a los perjudicados. La Audiencia Territorial acogió parcialmente el recurso de apelación interpuesto, fijando el valor de la indemnización atendiendo al momento de su satisfacción. Prospera el recurso de casación.

31. *Culpa extracontractual. Actuación de los empleados en virtud de órdenes de la sociedad demandada.*—Es aplicable el artículo 1.902 del Código civil, sin perjuicio de que la conclusión estimatoria de la demanda sería la misma tanto en aplicación del mandato del artículo 1.903 como del artículo 1.902, ambos del Código civil, y es reiterada doctrina de esta Sala que en cuantos supuestos la estimación de un motivo llevara a las mismas conclusiones que su desestimación, al proceder la misma solución por diferentes razonamientos, en virtud de una necesaria economía procesal debe procederse a su desestimación.

Plazo de prescripción de la acción.—Si los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ponen en relación con el artículo 1.969 del Código civil, el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1.902 empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia a estos efectos de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada. (Sentencia de 8 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa demandada a través de sus empleados, causó graves daños a la empresa demandante al recoger envases que no le correspondían, rompiéndolos y retirando los tapones. El Juez de Primera Instancia condenó a la empresa demandada a resarcir a la empresa demandante. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

32. *Seguro de responsabilidad civil.*—Si bien el contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato, de naturaleza especial, en favor de tercero, que crea una situación de solidaridad pasiva —asegurado y asegurador— frente a la víctima que aparece dotada de acción directa contra la compañía aseguradora, es inocultable que toda la relación de que aquella situación y esta potestad emanen tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo, cuyo contenido si, de una parte, es fuente del derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra permite a éste hacer valer ante ambos aquel contenido limitador del que, en el presente caso, resulta inequivocamente que la responsabilidad en que el asegurado incurrió autorizando a otro, aunque fuese con manifiesta imprudencia, el uso del vehículo causante de los daños, no es trasladable a la entidad aseguradora en vía de seguro voluntario concertado, ya que no estaba contemplada por los contratantes, conclusión que determina el acogimiento del motivo primero y con él del recurso. (Sentencia de 26 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El actor fue atropellado por una moto sufriendo graves lesiones. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda y condenó solidariamente al conductor de la moto, al propietario de ésta y a la compañía aseguradora a indemnizarle. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora.

33. *Culpa civil. Vinculación del juzgador a la acción ejercitada en la demanda.*—No ha de prosperar el motivo toda vez que tiene declarado esta Sala que la unidad de concepto de culpa civil ha de compaginarse con los principios procesales de instancia de parte o dispositivo del proceder civil y el de congruencia de las sentencias porque el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejerce la acción extracontractual invocando los artículos 1.902 y 1.903 no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada del contrato o de su incumplimiento y a la inversa, como ha entendido esta Sala Sentencia de 30 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación en atención a que, habiéndose ejercitado en la demandada una acción de responsabilidad civil contractual, sin mención alguna de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, y solicitado en la demanda que el demandado ejecutase las obras a que se comprometió, no puede el juzgador de instancia, con base en el razonamiento de la identidad sustancial del concepto de la culpa civil, estimar, además de la acción de responsabilidad civil contractual, otra de responsabilidad extracontractual no contenida en los escritos alegatorios.

34. *Responsabilidad civil. Exigencia de culpa. Teoría del riesgo.*—La más reciente doctrina de la Sala viene proclamando la imposibilidad de desechar esencialmente el básico principio culpabilístico en el actual estado legislativo, lo que significa como indeclinable presupuesto la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de una norma, aún la más genérica (*alterum non laedere*), imputable a negligencia del agente, por más que la diligencia requerida abarque no sólo las prevenciones reglamentarias, sino también las que la prudencia imponga para evitar el daño, por lo mismo que la nota de la previsibilidad, como la de la evitabilidad es componente del elemento culposo en que se sienta la obligación de resarcir, de ello se sigue que, a pesar de la atenuación que la jurisprudencia ha venido introduciendo en ese fundamental requisito, con medios que van desde la inversión de la carga probatoria de la culpa hasta la responsabilidad por riesgo, esta última no puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar. Teniendo muy presente, de otra parte, que la llamada «teoría del riesgo» no descansa en la mera causación de un efecto físico, sino que, además, el quebranto ocasionado tiene que hallarse en relación con la fuente creadora del riesgo, de tal modo que si la víctima se interfiere en la cadena causal, provocando con su proceder el desenlace del que es sujeto pasivo, quedará el agente exonerado de responsabilidad por tratarse de un suceso que frente a él se presente como imprevisible e inevitable. (Sentencia de 12 de diciembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida tuvo como hechos básicos: que el marido de la actora se encontraba en la estación del Metro y cayó sobre la vía desde el andén en el preciso momento en el que hacía su entrada el tren, cuyo conductor, no obstante frenar, no pudo evitar atropellarlo, resultando muerto. Que la actora no dio explicación con motivo alguno de tal acaecer.

Que sin descartar la certeza de las afirmaciones de empleados del Metro en punto a que la víctima se lanzó a la vía, entendió el Juzgador que no había pruebas suficientes de suicidio. Que la velocidad del tren era normal y que los empleados de la demandada cumplieron una diligencia reglamentaria, así como que la estructura de los andenes impiden evitar supuestos como el acontecido. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda planteada contra la compañía del Metropolitano. La Audiencia revocó la sentencia e impuso la obligación de indemnizar basándose en la «Protección de la persona ante los riesgos que el progreso de la vida moderna crea» y entendiendo en la diligencia de la demandada, si bien «no puede plantearse en el orden concreto de la prevención o evitación de las causas reales del siniestro», si es responsable «en el orden genérico de la prevención y evitación de supuestos como el enjuiciado». El Tribunal Supremo casó esta Sentencia.

(J. C.)

35. *Responsabilidad civil. Conducta culposa. Riesgo.*—No es exigencia desorbitada de diligencia contraria a lo dispuesto en el artículo 1.104 del Código civil, la consideración como culposa o negligente de la conducta del agente basada en la circunstancia de que por el riesgo que significaba el empleo de una máquina de gran volumen y peso (retroexcavadora), que se desplazaba por un camino estrecho de suelo desigual y deslizante, el conductor debió cuidar ante la conocida presencia de otros compañeros en el tajo, de que ninguno se encontrara próximo al punto donde se desplazaba. Y ello pese a que concurre negligencia de la víctima, habida cuenta de que, como señala la sentencia de 23 de marzo de 1982, para calificar una conducta como culposa no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social. (Sentencia de 25 de enero de 1985; no ha lugar.)

(J. C.)

4. Derechos reales

36. *Doble venta. Preferencia.*—En aplicación del párrafo 3.^o del artículo 1.473 del Código civil debe otorgarse preferencia al adquirente en documento privado frente al posterior comprador en escritura pública inscrita si no media buena fe por conocer este último la venta anterior.

Prueba. Documentos privados y documentos públicos.—No se rebasa el límite de la eficacia que legalmente (art. 1.225 del Código civil) debe atribuirse a los documentos privados cuando se les concede equivalencia frente a escrituras públicas que estaban viciadas de nulidad, por haberse otorgado conociendo los intervenientes —vendedor y compradores— la venta anterior de los propios bienes llevada a cabo por la misma vendedora a otras personas en los citados documentos privados, porque la fehaciencia del documento público no alcanza a la veracidad intrínseca del contenido de tales escrituras.

Buena fe. Apreciación por el Juzgador de Instancia.—Según reiterada doctrina, la apreciación de la buena o mala fe, como situación de conocimiento, es de la exclusiva competencia del juzgador de instancia quedando definitivamente establecida su afirmación en tanto no se combata eficazmente por la vía del artículo 1.692, 7.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

37. Usucapion. El título no se ajusta a la finca que se pretende adquirir.—El artículo 1.952 entiende por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o el derecho real de cuya prescripción se trate; preceptuando el artículo 1.953 que el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido; aun cuando exista algún defecto o vicio originario ello no puede servir de obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería una institución inútil.

Ahora bien, cuando como en el caso objeto de este litigio con la demanda se presentan diversas escrituras de adquisiciones en la finca, en todas las cuales se dan los mismos linderos, linderos que según la demanda son erróneos y que estos títulos no se identifican sobre la parcela en cuestión como se pretende en la demanda, sin que tal hecho haya sido combatido en casación por la vía útil para ello, es obvio que debe prevalecer la conclusión de la imposibilidad de prescripción ordinaria, por no ajustarse el título a la finca que se pretende adquirir por prescripción. (Sentencia de 7 de febrero de 1985; no ha lugar.) (F. Ll.)

38. Accesión invertida.—El comportamiento de buena fe en la construcción hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino a cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva.

Quantum indemnizatorio.—La obligación reparadora no la limita el órgano jurisdiccional «a quo» al aspecto estricto del valor assignable al mencionado terreno ocupado, si que al genérico de precio justo que se determinará en ejecución de sentencia, en cuya fase, en consecuencia, es en donde indudablemente podrá plantearse el adecuado «quantum» indemnizatorio con base en lo prevenido en las sentencias citadas en apoyo del motivo que en este considerando se examina y desde luego teniendo en cuenta el valor actual, como exigido por una correcta y adecuada justicia conmutativa reparadora.

Documentos auténticos.—Carecen de la condición de documentos auténticos a efectos de casación las certificaciones de actos de conciliación las sentencias recaídas en otros juicios y las manifestaciones contenidas en los considerandos de ellas. (Sentencia de 27 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando un edificio estaba en construcción por el propietario del edificio colindante se promovió un interdicto de obra nueva en el que se decretó la suspensión de la obra y se dictó sentencia ratificando la suspen-

sión en base a que había invadido parte del terreno propiedad del interdituante. El demandante solicitó que la parte que fue ocupada por la construcción fue de buena fe, debiendo alzarse la suspensión de las obras. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

39. *Declaración de propiedad. Prescripción.*—«... evidentemente ni posee ni poseyó nunca el justo título exigido para el éxito de la prescripción ordinaria ni, en cuanto a la extraordinaria, la recurrente ha podido demostrar que llevase a cabo otros «que los meramente tolerados o clandestinos que contempla el artículo 444 del C. c., indiferentes a la posesión como hecho con trascendencia jurídica, ni aun siquiera que éstos se hayan producido sin solución de continuidad durante el plazo de tiempo exigido por el artículo 1.959...».

Error de hecho.—:... lo que ésta hace no es evidenciar un error de hecho ostensiblemente apreciable de un documento obrante en autos, que es lo que la normativa legal exige, sino pretender, que en este recurso extraordinario se examine el contenido y alcance de una parte de la prueba aportada, deduciéndose de tan limitada y parcial apreciación el error en que, a su juicio incidió el juzgador de instancia en el enjuiciamiento de la controversia... sin ofrecer el concreto punto en que el documento sin necesidad de deducciones lógicas ni exámenes comparativos con otros documentos u otras probanzas, esto es, de modo literosuficiente el error padecido en la instancia y rechazado en casación».

Cuestión nueva.—«... supone plantear una cuestión enteramente nueva de la que en la fase de alegaciones no se hizo mención alguna por la parte interesada, lo cual veda, según una reiterada doctrina jurisprudencial de innecesaria cita, dada su notoriedad, que en este trámite sea suscitada sustrayéndola a la discusión y eventual contraprueba de la parte contraria afectada». (Sentencia de 26 de octubre de 1984; no ha lugar.)

A. R. F.

40. *Tercería de dominio.*—Su ámbito de actuación debe coincidir con el de los bienes susceptible de embargo según el artículo 1.447 de la Ley procesal, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales.

Tercería de dominio y acción reivindicatoria. Diferencias.—Aunque con indudables analogías, no siempre puede identificarse la tercería de dominio con la acción reivindicatoria, pues entre ellas pueden señalarse notables diferencias, ya que la acción reivindicatoria se interpone por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, mientras que la tercería de dominio puede ejercitarse por el que posee el bien indebidamente trabado; que la acción reivindicatoria se actúa frente al poseedor detentador, mientras que la tercería de dominio se interpone frente al ejecutante que no posee ni detenta y frente al ejecutado que, en muchos casos, tampoco es poseedor; finalmente, que la acción reivindicatoria pretende la recuperación de la posesión, mientras que la tercería se dirige al levantamiento del embargo.

Objeto de la propiedad. Bienes inmateriales.—El artículo 392 del Código civil justifica que puedan ser objeto de propiedad los bienes inmateriales, lo que conduce a estimar que no siempre que la ley emplea el término dominio o propiedad excluye necesariamente de su ámbito a los bienes inmateriales. (Sentencia de 29 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Un acreedor formuló demanda ejecutiva contra el deudor en reclamación de una determinada suma de dinero. El Juzgado decretó el embargo de los bienes del deudor siendo embargado un crédito como si perteneciese al ejecutado. Por este motivo se interpuso una demanda de tercería de dominio, solicitándose que se alcance el embargo trabado sobre dicho crédito. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el tercerista.

41. Propiedad horizontal. Actividad incómoda y molesta. Instalación de un restaurante.—La incomodidad o molestia no necesita, para predicarse de ciertas actividades, que éstas estén en funcionamiento, es decir, no precisan su contraste en cada caso con la realidad, pues es suficiente que por sus características intrínsecas, por sus potencialidades, puedan merecer tal calificación al objeto de prohibir su instalación en ciertos emplazamientos o de exigir la adopción de determinadas medidas correctoras de sus posibles molestias o perjuicios. (Sentencia de 14 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—De acuerdo con la demanda del propietario, el Juez de Primera instancia estimó que tiene derecho a instalar en el local comercial un restaurante destinado a la celebración de actos sociales. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el propietario.

42. Propiedad horizontal. Patio (elemento común).—Que si bien en los edificios en régimen de propiedad horizontal existen unas partes o elementos que por la propia naturaleza de las cosas tienen que ser necesariamente comunes a los distintos propietarios de los pisos o locales, llamados por dicha razón, esenciales o por naturaleza, tales como las cimentaciones, muros, existen, sin embargo, otros llamados accidentales o por destino, como los patios interiores para dar luz y ventilación a la parte interna del edificio, respecto de los cuales lo mismo puede predicarse su calidad de comunes y ésta es la regla general por aplicación del artículo 396 del Cc, en cuanto se adscriben al servicio de todos o de algún grupo de propietarios, como atribuirles la condición de privativos, con la particularidad de que así en este último caso están sujetos a las servidumbres y limitaciones que sobre ellos recaigan en beneficio de los pisos y locales del edificio. En el supuesto de ser comunes y con independencia de que su titularidad es de la Comunidad, el uso de los mismos, cuando el título constitutivo de la propiedad horizontal no lo haya previsto y ante la ausencia de normativa sobre el particular en la ley especial, se regirá por las disposiciones del código civil y más concretamente por lo dispuesto en el artículo 394 que faculta a cada partícipe para servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino, uso

que en ningún caso puede comprender las alteraciones en la cosa común (art. 397 Cc. y art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal). (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se solicitó la declaración de que al actor correspondía el dominio, posesión, tenencia y disfrute del patio a que tiene salida el piso de su propiedad. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación, entre otras razones porque de ser cierta la tesis del demandante de que patio es de su propiedad exclusiva tal supuesto tendría su adecuado reflejo en la superficie asignada al piso del actor en la escritura de división horizontal de la casa y en la correspondiente cuota de participación en la Comunidad. De las pruebas obrantes en autos queda demostrado que el patio del litigio no perdió nunca, en beneficio del demandante, su condición de elemento común de la casa.

F. LL.

43. Propiedad horizontal. Legitimación del copropietario para comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad—Atendiendo a la naturaleza de la comunidad de bienes, la doctrina de esta Sala, como declaró, entre otras, la sentencia de 3 de febrero de 1983, ha declarado que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros sin que les perjudique la adversa o contraria, doctrina aplicable a la comunidad existente entre propietarios de un edificio por pisos o locales, a lo que obsta que el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal confiere al Presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, pero ello no impide que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender el interés en su participación en los elementos comunes, y ello en ningún caso puede dar lugar a abuso de derecho en caso de su ejercicio legítimo.

Obras que afectan al suelo del edificio. Necesidad de acuerdo unánime de los propietarios.—El suelo es un elemento común según el artículo 396, párrafo 1.^o del Código civil, sin que quepa hacer distinciones entre suelo y subsuelo en este caso, por lo que las obras afectan al título constitutivo de la propiedad y han de someterse al régimen del artículo 16, norma primera, de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, que requieren la unanimidad plena de los propietarios. (Sentencia de 30 de noviembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de la planta baja de un edificio hicieron en el mismo obras de excavación en el suelo, sin contar con el acuerdo unánime de los copropietarios. Por tal motivo se solicitó en la demanda que se dejara el edificio en la situación en que se encontraba con anterioridad a tales obras. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA. Son numerosas las sentencias que afirman la legitimación del copropietario para comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad de propietarios, a pesar de la representación que el artículo 12 de la

Ley de Propiedad Horizontal concede al Presidente. Una parte importante de estas sentencias se refieren a la legitimación activa del copropietario para ejercitar la correspondiente acción indemnizatoria en caso de vicios de construcción en el edificio adquirido. Véanse nuestras anotaciones a las sentencias de 14 de abril de 1983 (en este ANUARIO, 1984, fasc. 2., págs. 601-604), 30 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1982, fasc. 3., págs. 957-959), 25 de marzo de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 2., págs. 671-672) y 20 de febrero de 1981 (en este ANUARIO, 1981, fasc. 4., págs. 1102-1104). En nuestra doctrina PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, páginas 251-252) precisa igualmente que la legitimación que la Ley concede al Presidente no es obstáculo para la aplicación de la doctrina de la comunidad ordinaria, según la cual cada condeño está por sí solo legitimado para la defensa de los elementos comunes.

En esta sentencia, con todo lógica, se considera aplicable el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que el suelo es un elemento común. Sobre las obras en elementos comunes, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*Examen del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal*, en este ANUARIO, 1979, fasc. 4., pgs. 751-800), con especial atención a las páginas 762 y siguientes.

A. C. S.

44. Zona marítimo-terrestre.—Dicha zona pertenece a la categoría de los bienes que merecen el calificativo de dominio público por naturaleza, denominación que aun cuando para ciertos sectores administrativistas pueda considerarse anticuada, es lo cierto que además de acomodarse perfectamente a la técnica iusprivatística —inmuebles por naturaleza y por destino— refleja exactamente su inalienabilidad e imprescriptibilidad plenas a diferencia de lo que acontece con otras propiedades del Estado, ya que de no ser así se producirá una verdadera degradación del dominio público, y todo ello, claro es, sin perjuicio de los derechos que en orden al uso y aprovechamiento de indicada zona se reconocen en el fallo de la sentencia impugnada a las sociedades recurrentes. (Sentencia de 9 de noviembre d 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La cuestión fundamental que se plantea ante el Tribunal Supremo consiste en determinar si es aplicable a la zona marítimo-terrestre el principio de la titularidad demanial, cual pretende la Abogacía del Estado, o si como estiman las entidades que impugnan dicha zona es de propiedad privada. En la solución de la cuestión planteada nuestro Tribunal Supremo sigue la constante doctrina jurisprudencial en torno a la denominada zona marítimo-terrestre, de la que son muestras claras las sentencias de 25 de octubre y de 2 de diciembre de 1976, comentadas en este ANUARIO por ELIZALDE (año 1980, fasc. 1., págs. 201-209). Estas sentencias coinciden en señalar que los terrenos integrantes de la zona marítimo-terrestre están fuera del comercio de los hombres, siendo inalienables imprescriptibles.

A. C. S.

45. Declaración de Derechos. Valor probatorio de la confesión.—«... la confesión rendida en juicio, fuera del caso previsto en el párrafo 2 del artículo 580 de la L.E.C. no es prueba plena de necesario acatamiento por el juzgador de instancia y queda por lo tanto reducida a la libre apreciación de los Tribunales, relacionada con los demás elementos probatorios recogidos en el proceso...».

Documentos Auténticos.—«... aduce como documentos acreditativos del supuesto error de hecho el acta de juicio interdictal, el reconocimiento judicial y otra vez la confesión del actor, olvidando que es doctrina reiterada

de esta Sala la de que no tienen el carácter de documentos auténticos las diligencias y actas de reconocimiento judiciales... los documentos procesales en general..., ni la confesión judicial... medios probatorios y documentales que por otro lado la Sala de instancia tuvo en cuenta y apreció conforme a sus facultades, ... así como ... que carecen de la cualidad de documentos auténticos a efectos de este recurso extraordinario los dictámenes periciales...».

Elemento sociológico en la apreciación de la medianería.—«Que la interpretación actual de los artículos 571 y ss. del C.c. relativos a la llamada servidumbre de medianería ha de atenderse a la evolución que la construcción de edificios ha experimentado desde el siglo XIX, desecharando soluciones que, de seguirse en la actualidad conforme a las antiguas técnicas constructivas, llegarían a situaciones contrarias a los intereses en litigio, cuidando de que la utilización del elemento sociológico en la interpretación no suponga inaplicación o modificación de la ley, ni se refiera a ideas o tendencias que se hallen en estado de nebulosa, que en todo caso se proceda con mucho tino y prudencia y tratándose de una situación de copropiedad sobre una pared medianera corresponde a la naturaleza de las cosas, es decir es una realidad efectiva que no puede ser desatendida por el ordenamiento jurídico, y que ha de servir de línea rectora para resolver este caso, el mero hecho de la verticalidad de la pared y su reconstrucción conforme a las técnicas usuales actuales, máxime cuando de esta forma se valoran adecuadamente los intereses en juego de los litigantes y se trata de conciliarlos o regularlos, resolviendo el antagonismo manifestado en la litis entre aquellos intereses, y acudiendo a críticas valorativas actuales y a las concepciones jurídicas de nuestros días».

Uso de la pared medianera.—«... la Sala «a quo» ateniéndose al supuesto fáctico contemplado en que ha de ser rectificada la inclinación originaria para darle a la pared su natural verticalidad atiende a dar satisfacción a los interesados imponiendo «dejar el muro resultante y su conexión con el edificio del demandado en perfectas condiciones de utilización» y por otro lado obliga al mismo actor recurrido «a realizar por su cuenta el conveniente desague de las aguas que procedan del tejado del inmueble vecino»; solución más adecuada que pretender restituir la situación a su anterior estado impidiendo el lógico y legítimo interés de mejorar la divisoria entre ambas propiedades así como eludir la suspensión definitiva de la obra guardando como se hace en la sentencia recurrida las debidas garantías en favor del recurrente».

Presunción de servidumbre.—«... siendo anómalo en todo caso sostener una exclusividad de dominio cuando la cosa se sitúa en la esfera ajena y cuando se realizó una elevación de la pared sin atender a si como exige el artículo 577 la parte inferior podría resistir el mayor peso y sin cumplir las obligaciones que tal norma establece en tal supuesto...».

Base de la presunción.—«... que de una anómala situación no pueden deducirse hechos que son contrarios a las conclusiones de la Sala «a quo», ni aparece como hecho indubitable y demostrado el que había de ser base de

esa presunción, a saber el carácter de propiedad exclusiva del recurrente sobre la parte de pared elevada sobre el muro medianero, inclinado visiblemente hacia la esfera dominical del actor y recurrido».

Prescripción.—«... se pretende el absurdo de que el recurrente ha ganado por prescripción una elevación de pared situada en gran parte dentro de la esfera dominical de su convecino, aplicando la normativa general de la usurcación del dominio con olvido del carácter de servidumbre que según el C.c. tiene la medianería y de la normativa especial sobre prescripción de estos gravámenes sobre los inmuebles, y en especial descuidando totalmente la prueba del comienzo de la supuesta prescripción...» (Sentencia de 10 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

A. R. F.

46. *Acción negatoria de luces y vistas. Antecedentes históricos.*—«... en la Ley quince, Título XXXI de la Partida tercera, cabía sentar las siguientes proposiciones: Primera, que aquella legislación histórica, como consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su caso lo que quisiese, sin otros límites que los jurídicos y los morales no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos, para luces o vistas, en pared propia. Segunda, que no constituían, empero, derecho de servidumbre, y Tercera, que la falta de ejercicio de este derecho de edificar por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre en favor del otro propietario que tuviese abiertos los huecos de su pared, ya que dichas posibles servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción, sino computando el tiempo de ésta desde la ejecución de algún acto obstativo».

Carácter negativo de la servidumbre.—«... Que la apertura de huecos en pared propia como manifestación «iure propietatis» y no «iure servitutis», no daba derecho a mantener en paredes propias huecos laterales o ventanas en perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, podía construir libremente en contigüidad o dar mayor elevación a construcciones existentes, «a no ser que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces», pues los huecos así abiertos son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino mediante su cómputo a partir del acto obstativo, que atribuyen el carácter de negativas a las servidumbres de luces y vistas cuando los huecos están abiertos en pared propia del dominante, por lo que el acto formal prohibitorio al que alude el artículo 538 será aquel que de modo directo obste a que el dueño del predio sirviente haga uso de unas facultades dominicales incompatibles con el invocado derecho real en cosa ajena».

Existencia extrarregional. Prueba.—«... ello presupone la real existencia y prueba del derecho real o gravamen que se pretende existir, pero con todas sus características, notas y presupuestos, y no como en el caso presente, en el que lo único que se acredita es la existencia de una situación de tolerancia no convertida en servidumbre, que sólo así podría válidamente contradecir la ausencia de su constatación registral, cual es el caso de las servidumbres aparentes suficientemente patentizadas para hacer su conocimiento real inexcusable». (Sentencia de 26 de octubre de 1984; no ha lugar.)

A. R. F.

47. *Anotación preventiva de embargo.*—Es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos.

Argumentos «obiter dictum».—Por su propia naturaleza no son susceptibles de servir de apoyatura a las infracciones alegadas por el recurrente.

Certificación de Registrador de la propiedad.—No cumple el requisito de autenticidad a los efectos de la casación. (Sentencia de 3 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de tres fincas interpuso demanda de tercería de dominio contra la Hacienda pública, que había embargado los bienes de la vendedora, entre los que se encontraba la mitad indivisa de las fincas vendidas. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación.

5. Derecho de familia

48. *Venta de bienes de la sociedad conyugal. Congruencia.*— «... la confrontación entre pedimentos y sentencia no exige ni impone una acomodación literal y rígida a lo suplicado por las partes, sino una adecuación racional, y, por ende, siempre que se preste el debido respeto al componente fáctico de la acción ejercitada, es dable al Juzgador establecer su juicio valorativo y crítico de la forma que estime más procedente, incluso extendiendo el tema planteado a sus lógicas y necesarias consideraciones, así como a los que lo complementen y precisen...».

Documento auténtico.—«... carecen de la condición de auténticos, a efectos de la casación los testimonios de actuaciones civiles o penales producidas en otros procesos así como las resoluciones en ellos recaídas...»

Impugnación de los actos dispositivos del cónyuge—«... la naturaleza de la acción ejercitada no fue tema que suscitara debate en la instancia aparte de que tal cuestión no encuentra una solución unánime en la doctrina, pues la ilegalidad o fraudulencia en los actos dispositivos del marido, presupone, para unos, inexistencia o nulidad radical, anulabilidad o nulidad relativa, para otros, o rescisión o ineficacia parcial para otro sector, dudas que subsistieron en el campo de la jurisprudencia, pues hubo sentencias que calificaron la acción a ejercitarse al amparo del citado precepto sustantivo, como de ineficacia, otras de nulidad absoluta y por último, las más recientes, de anulabilidad, para cuyo ejercicio únicamente estaba legitimada la esposa...» (Sentencia de 7 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

49. *Preferencia del derecho de la mujer sobre el piso embargado por deudas del marido.*—El piso embargado fue inscrito en el Registro de la Propiedad en el año 1977 a favor de la mujer y el crédito concurrente que se corresponde con la deuda del marido que motivó el embargo nació en 1979 por lo que goza el derecho de la mujer de acuerdo con el artículo 27 del Código de comercio, de una indiscutible preferencia.

Inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de compra del piso embargado a nombre de la mujer.—Ello determina la consiguiente publicidad a efectos de tercero, que justo se consigue con la inscripción en 1977 y el necesario *conocimiento* por parte del acreedor, cuando en 1980 inicia el procedimiento ejecutivo donde se efectúa el embargo, que es precisamente la finalidad que, en definitiva, aunque con menos pretensiones y alcance, persigue el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, sin que sea obstáculo a ello la falta de constancia en el Registro Civil del régimen de separación de bienes, ya que se trata de una facultad, no de una obligación con incidencia en la validez.

Necesidad de consentimiento del cónyuge del comerciante para que queden obligados sus bienes propios—A tenor del artículo 9 del Código de comercio habrá de ser expreso en cada caso, requisito ineludible, que en el caso examinado no consta y cuya falta impide la obligación pretendida del piso que se embargó en cuanto gozaba de la consideración de bien propio de la mujer. (Sentencia de 23 de noviembre de 1984; ha lugar)

HECHOS.—Como consecuencia de relaciones comerciales resultó deudor el marido, siguiéndose contra él un procedimiento ejecutivo, que determinó el embargo de un piso que figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de su mujer, la cual ejercitó una acción de tercería de dominio contra el acreedor embargante. El Juez de Primera Instancia estimó la tercería. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por la mujer.

NOTA.—Parece plenamente acertada la conclusión a que se llega en esta sentencia, así como su argumentación. Nos interesa sobre todo destacar la relación, a la que se alude en la sentencia, que existe en el marco de la modificación del régimen económico matrimonial en capitulaciones entre la publicidad del Registro Civil y del Registro de la Propiedad. Es evidente que si la titularidad de determinados bienes inmuebles es publicada por el Registro de la Propiedad, apareciendo como privativos de uno de los cónyuges (el caso de la sentencia), ello es oponible lógicamente a los terceros (el acreedor que embarga), aunque la modificación del régimen económico matrimonial no conste en el Registro Civil. La publicidad de uno y otro Registro tiene diferente ámbito de proyección y diferente eficacia, como se infiere del propio artículo 1.333 del Código civil, que se remite a la legislación del Registro Civil y a la hipotecaria, respectivamente. El problema que suscita la escasa efectividad que representa el Registro Civil como instrumento de publicidad de los regímenes económicos del matrimonio, tal como ha señalado la doctrina, es remediado, en parte, gracias a la publicidad del Registro de la Propiedad, que no es, sin embargo, un registro idóneo para la publicidad de los regímenes económicos matrimoniales. En todo caso el artículo 75 del Reglamento Hipotecario, en clara relación con el artículo 1.333 del Código civil, dispone que serán inscribibles las capitulaciones matrimoniales en cuan-

to contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, algunos de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento.

En esta sentencia se establece el carácter voluntario o facultativo de la mención en el Registro Civil, lo cual había sido afirmado precedentemente por la RDGRN de 6 de mayo de 1977.

A. C. S.

II. DERECHO MERCANTIL

50. *Impugnación de acuerdos sociales. Modificación de estatutos, en junta ordinaria.*—«... pues según entiende la doctrina de los autores más caracterizada, junto con las cuestiones integrantes del orden del día de la junta general ordinaria, de condición imperativa a tenor del precepto últimamente citado viene permitida la deliberación y la adopción de acuerdos sobre cualquier otro tema se halla específicamente atribuido por la ley o por los estatutos a la competencia exclusiva de la Junta general extraordinaria o del Consejo de administración, de manera que es esencialmente la periodicidad legal o estatutaria de la reunión la que confiere a la Junta su carácter por lo que sin duda pudo ser llevada a la ordinaria el punto sobre el cambio de nombre con el que ha de girar la compañía, siguiéndose la validez del acuerdo tomado con la concurrencia de socios y de capital previstos en el artículo 84, criterio el expuesto que autoriza las modificaciones de los Estatutos acordadas en la Junta general ordinaria convocada con esta precisa finalidad y a la que inconcusamente pueden ser sometidas, según lo dispuesto con rotunda dicción por el citado artículo 58».

Accionistas censores de cuentas.—«Que la actuación de los accionistas censores de cuentas sólo podrá ser excluida en los casos en que su nombramiento no sea posible por la inexistencia de la dualidad de administradores y accionistas, pero la exigencia legal conserva toda su fuerza si existen cuando menos dos accionistas no pertenecientes al Consejo de administración que puedan acometer la tarea de censura, sólo es dable prescindir de tal designación «cuando por el número escaso de socios la Sociedad no cuenta con dos accionistas que no sean administradores», lo que significa que basta la posibilidad de nombrar a dos, aun cuando no haya número bastante para formar la suplencia, para que no pueda ser eludida la actuación de los censores de cuentas». (Sentencia de 31 de octubre de 1984; ha lugar.)

A. R. F.

51. *Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos sociales.*—La Junta, aun siendo soberana para regir la vida estatutaria de la sociedad, no puede operar una injusta privación de derechos a sus socios, sin indemnización ni contraprestación alguna, ya que ello contravendría tanto el artículo 349 del Código civil, que protege la propiedad privada, como el número 3 del artículo 33 de la Constitución que expresamente cubre bajo su protección no sólo los bienes, sino también los derechos. (Sentencia de 30 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de Junta extraordinaria una sociedad anónima acordó la modificación de los estatutos, afectando a determinados derechos de los socios, alguno de contenido económico como la suscripción preferente de

acciones, sin indemnización ni compensación alguna. Por ello la demandante, en su calidad de usufructuaria de acciones, consideró que tal acuerdo infringía el artículo 349 del Código civil y el artículo 33, número 3.^o de la Constitución. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. Prospera el recurso de casación.

52. *Responsabilidad del comisionista*.—«... que al tratarse de una contratación realizada por el comisionista en su propio nombre, y ser exclusivamente suya la mercancía que adquirió, para después revender al accionante, quedó directamente ligado como si el negocio fuera suyo, y por ende responsable de las consecuencias de la compraventa realizada, por disponerlo el artículo 246 del Código de comercio y el 1.717 del Código civil». (Sentencia de 3 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

(A. R. F.)

53. *Propiedad industrial. Materia de patente. Modelo de utilidad precedente por el mismo concepto y finalidad*.—Interpreta la Sala sentenciadora correctamente los artículos 46 y 48, párrafo 3.^o del Estatuto de la Propiedad Industrial cuando, tras reconocer que el recurrente tiene registrado un modelo de utilidad con precedencia a la patente discutida inscrita por el mismo concepto y finalidad por el recurrido, establece, sin que haya sido desvirtuado, que tal patente de invención con relación al expresado modelo de utilidad es significativa de perfeccionamiento y mejora de condiciones esenciales de ese procedimiento de «dispositivo de aspiración para el llenado de vehículos cisterna», con lo que es posible la pervivencia de la patente porque el legislador en este aspecto atiende más que al resultado o producto al procedimiento para obtenerlo, al estimar como objeto de patente la modificación de las condiciones de aquél con el fin de obtener lo que, con amplio criterio, califica de «algunas ventajas sobre lo ya conocido».

Propiedad industrial. Objeto único protegido por la patente. Concepto.—Considero como tal, no unidades aisladas en el proceso industrial y de su resultado, sino a un resultado objetivo emanante de la integración de las diversas partes que por su consecuencia configuran un invento, que ligadas forman un todo sin poder aplicarse separadamente para el fin pretendido e inaplicables al respecto sin esa integración. (Sentencia de 16 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso en el que el actor —titular de un Modelo de Utilidad, precedente a la patente impugnada, inscrita por el mismo concepto y finalidad que aquél con posterioridad— sostenía que el objeto único de ambos consistía precisa y exclusivamente en el sistema de carda de camión cisterna consistente en utilizar la propia aspiración del motor, en su propio funcionamiento, para obtener una depresión en la cisterna suficiente para efectuar la aspiración de líquido a cargar en la misma —que el demandado entendía haber mejorado y modificado notablemente— con lo que concluía que, en su caso, debería haberse concedido una patente dependiente.

La Sala no acogió el razonamiento, entendiéndo que la patente discutida implicaba conceptualmente una novedad u originalidad industrial suponiendo un perfeccionamiento sustancial.

(J. C.)

54. *Letra de cambio. Aval.*—Aunque se admite la accesорiedad del aval respecto de la obligación principal, carente de autonomía frente a la obligación del avalado —según propugna el impugnante—, en lugar de considerarlo como asunción de deuda propia, independientemente de la asumida por el avalado y de igual rango que ésta —según mantiene la sentencia recurrida, al amparo de la doctrina plasmada en la S. de 18 de febrero de 1952, que permite aplicar a nuestro ordenamiento el artículo 32 de la Ley Uniforme de Ginebra—, es lo cierto que habiendo existido provisión de fondos, cual ocurre en el caso, la obligación del avalista de satisfacer las letras inatendidas y protestadas por falta de pago, resulta de los artículos 486 y 487 del Código de comercio.

Provisión de fondos.—La provisión de fondos puede hacerse bien de forma expresa o presunta en el uso mercantil, si resulta hecha como consecuencia de otras negociaciones. (Sentencia de 11 de febrero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

55. *Renovación de una letra de cambio sustituyéndola por otra nueva.*— ¿Cuál es el alcance que tal sustitución significa? Hay que distinguir entre el crédito cambiario y el crédito causal, pues si bien éste puede prorrogarse en cuanto a la fecha de su vencimiento constituyendo una novación simplemente modificativa respecto a una de sus condiciones principales, cuando la modificación del vencimiento se lleva a una nueva letra de cambio no hay novación en sentido técnico porque no se pueden novar las obligaciones de una letra sin crear otra distinta ya que las obligaciones cambiarias que con carácter abstracto están incorporadas al título que la letra de cambio significa no es admisible estén fundadas a la vez en la letra originaria y en la que la sustituyó, a menos que exista acto expreso entre el tenedor y el aceptante en el que se consigne en relación a tales obligaciones que la posibilidad de su exigencia ha de fundarse en el título primitivo al no haberse destruido el mismo, lo que de ninguna manera ocurre si después del vencimiento e impago de la segunda cambial es el propio tenedor el que ejercita con fundamento en la misma la acción cambiaria ejecutiva para su efectividad, al significar ello un inequívoco acto propio demostrativo de que a efectos cambiarios la primera letra quedó privada de eficacia. (Sentencia de 12 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora aquí recurrente, articula su pretensión de reclamación de cantidad frente al demandado con base en la obligación asumida por éste al aceptar una letra de cambio, con vencimiento el día treinta de mayo de mil novecientos setenta y nueve, ejercitando en juicio ejecutivo una acción puramente cambiaria, y haciendo mención en la demanda de que la meritada cambial fue renovada, con su conocimiento, sustituyéndola por otra que tenía su vencimiento el día treinta de julio del propio año mil novecientos setenta y nueve y que como tomador de esta última cambial, y por ende tercero en el negocio jurídico subyacente que había dado origen a su libramiento, dedujo con anterioridad acción ejecutiva en juicio del mismo carácter pretendiendo hacerla efectiva contra el acep-

tante, recayendo en el juicio sentencia declarando su nulidad ante la circunstancia de que la letra de cambio a virtud de la que se había accionado «llevaba la cláusula valor en blanco».

(F. Ll.)

56. *Compraventa mercantil. Vicios internos.*—La forma de poder reaccionar contra un defecto de esta clase, único punto que, en definitiva, se discutió, no es la pretendida del artículo 1.101 del Código civil, mediante acción que, al no tener plazo especial de prescripción, le sería de aplicar el de quince años del artículo 1.964, pues es precepto que sirve de cobertura para toda relación contractual, pero tiene como complemento la normativa concreta de los distintos supuestos que la requieren, con sus propias acciones y su específico término prescriptivo como ocurre en materia de compraventa civil en los artículos 1.484 y siguientes que regulan el saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida, y como sucede para la mercantil, que atempera su regulación a las exigencias de rapidez y seguridad características del tráfico comercial, cuyas normas —como la del artículo 342 del Código de comercio— son las que deben observarse por los particulares y aplicarse por los tribunales, de entre las que es fundamental la relativa al plazo en que la acción debe ser ejercitada, que no puede estar a merced de la conveniencia, descuido o ignorancia de los litigantes. (Sentencia de 23 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebraron tres contratos de compraventa por los que se vendieron diversas partidas de cueros por un precio total superior a treinta y cuatro millones de dólares, para cuyo pago el comprador aceptó letras de cambio que, a su vencimiento, fueron impagadas y protestadas, alegando que existían defectos. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda del vendedor con base jurídica en el artículo 342 del Código de comercio, ya que la reclamación de los vicios fue extemporánea. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—Esta sentencia es claramente concorde con otras precedentes, que en relación con los vicios internos en el marco de la compraventa mercantil niegan, en todo caso, la posible aplicación de las normas generales sobre la responsabilidad contractual, puesto que ello resultaría contrario a la seguridad del tráfico comercial, de tal manera que habrá de observarse siempre el artículo 342 del Código de comercio, que establece un plazo de treinta días para denunciar los vicios internos. La fundamentación de la sentencia que anotamos es sustancialmente idéntica a la de 12 de marzo de 1982, que reseñamos en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 937-940), donde pusimos de relieve que el argumento de la seguridad del tráfico no es excesivamente convincente, máxime cuando nuestro Tribunal Supremo admite de forma constante la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento contractual cuando la compraventa es civil. Sobre la cuestión consultése el análisis llevado a cabo por MORALES MORENO en sus estudios *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, pp. 585 ss., y *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, fasc. 2.º, páginas 591 y ss. Ultimamente cabe citar en esta dirección a la sentencia de 10 de marzo de 1984, que consideró aplicable el artículo 1.124 en un caso de venta de un tractor que funcionaba mal, la cual anotamos en este ANUARIO (1984, fasc. 4.º, p. 1262).

(A. C. S.)

57. *Seguro voluntario de responsabilidad civil. Excepciones del asegurador.*—Con anterioridad a la vigente Ley de Contratos de Seguro, no aplicable al supuesto de autos, ocurrido antes de su vigencia, la jurisprudencia tiene declarado que aunque el contrato de Seguro de responsabilidad civil sea un contrato de naturaleza especial en favor de tercero que crea solidaridad pasiva —asegurado, asegurador— frente a la víctima, que aparece así dotada de acción directa contra la Compañía de Seguros, es inocultable que aquella relación y esta potestad tienen su fundamento y su límite en el contrato mismo, cuyo contenido si, de una parte, es fuente de derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra, permite a éste hacer valer ante ambos aquel contenido limitador, con lo que la compañía aseguradora puede oponer al perjudicado que ejercite la acción directa las excepciones que tuviera contra el asegurado por tal razón y, concretamente, los hechos objetivamente excluidos del ámbito de riesgos cubiertos voluntariamente. (Sentencia de 28 de enero de 1985; ha lugar.)

A parecida conclusión se llega con la aplicación de la vigente Ley de Contrato de Seguros, pues, si bien en su artículo 76 proclama que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», la doctrina científica más autorizada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 73 de dicha Ley, al interpretar el citado precepto sostiene que, pese al mandato del mismo, deberán ser oponibles por el asegurador al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato, carácter que tiene en el caso la cláusula de exclusión de la obligación de indemnizar cuando el conductor asegurado circulará bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas. (J. C.)

III. DERECHO PROCESAL

58. *Procurador legalmente habilitado.*—Conforme se deduce del artículo noveno de la Ley de Enjuiciamiento Civil número segundo, el desistimiento del procurador no se produce con la mera manifestación del mismo procurador, sino que se precisa para que produzca pleno efecto la resolución judicial en que se le tenga por desistido, la cual no recayó en el caso ahora contemplado. En consonancia con ello al mismo procurador, después de presentado su escrito desistiendo, le fue notificada la sentencia dictada resolviendo el recurso de apelación, lo que demuestra la continuación de su apoderamiento y que el desistimiento solicitado no tuvo efecto judicial, por tanto siguió representando a la parte demandada apelante. (Sentencia de 5 de febrero de 1985; no ha lugar.) (F. Ll.)

59. *Principio de audiencia bilateral.*—Hoy es de rango constitucional y por ser de orden público ha de ser revelado de oficio y dar lugar en unión de aquellos otros que sancionan la necesidad de evitar fallos contradictorios y proclaman el respeto a la veracidad de la cosa juzgada a que por aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario haya que poner de manifiesto la existencia de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, aunque la misma no haya sido alegada en la instancia.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Ha incurrido en infracción la resolución impugnada al no apreciar la defectuosa constitución de la relación jurídico

procesal significada por la circunstancia de no haber demandado el actor a tercera persona a quien podían afectar los pronunciamientos a que dieran lugar las pretensiones deducidas en la demanda. (Sentencia de 19 de noviembre de 1984; ha lugar.)

60. *Competencia del Juzgado.*—Siguiendo la doctrina de esta Sala ha de entrar en juego, cual tiene ya resuelto este Tribunal, interpretando los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil, 62, regla 1.^a de la Ley procesal, el principio de que las mercancías, cuando además de lo indicado no exista sumisión expresa, deben entenderse entregadas en el domicilio del vendedor, a cuyo Juzgado de 1.^a Instancia corresponderá el conocimiento de la *litis*, al que se remitirán las actuaciones, dando cuenta al Juzgado promotor del incidente. (Sentencia de 3 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

61. *Competencia territorial.*—Según constante jurisprudencia de esta Sala, la competencia territorial corresponde, conforme a la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación que, en el caso, es la del pago del precio de la compraventa, que ha de hacerse, a tenor del párrafo 2.^o del artículo 1.500 del Código civil, en aquel lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida. (Sentencia de 5 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

62. *Competencia. Juicio declarativo y letras domiciliadas.*—Reclamándose en juicio declarativo ordinario el precio de una venta, documentado en letras de cambio, habrá de estarse para la determinación del Juez competente a las reglas sustantivas que establecen el lugar de cumplimiento de la obligación, a los efectos de la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que a ello obste el libramiento de las cambiales, cuya domiciliación, no ejercitándose la acción ejecutiva, no tiene otro alcance que el de ser un simple medio para facilitar el pago, según tiene reiteradamente declarado esta Sala. (Sentencia de 17 de enero de 1985; no ha lugar.)

(J. C.)

63. *Apreciación probatoria practicada en la instancia.*—Como más objetiva e imparcial ha de prevalecer sobre la más interesada de los recurrentes. Además tal valoración se realiza conjuntamente, por lo que no es lícito a los impugnantes desestimarla.

Prueba testifical.—Su apreciación es discrecional para el Juzgador y por ende no impugnable en casación.

Involucración de conceptos fácticos y jurídicos en los motivos.—Inciden por ello en gravísimo confusionismo, lo cual está en contra de la claridad ordenada por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 25 de octubre de 1984; no ha lugar.)

64. *Prueba pericial.*—Ni la prueba pericial puede conceptuarse documento auténtico en el sentido y a los fines del recurso de casación, ni los artículos citados para denotar el error de derecho en la apreciación de la

prueba pericial asignan a este medio una virtualidad que la haga prevalecer absolutamente sobre las demás pruebas, limitándose a encomendar su eficacia probatoria, como la de todos los otros medios, a las reglas de la sana crítica a que hace referencia el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 20 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

65. *Prueba de testigos.*—No cabe alegar en casación el error de derecho basado en los aportes probatorios de los testigos en el juicio, cuya declaración se ha de valorar según las reglas de la sana crítica y el buen sentido, reglas que no constan en ningún precepto legal que pueda ser infringido, sin constituir por ello norma valorativa de prueba la que es simple admonición dirigida al Juez en el artículo 1.248 del Código civil. (Sentencia de 26 de octubre de 1984; no ha lugar.)

66. *Dictámenes periciales.*—Los tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, todo ello con la secuela de que los dictámenes periciales, en cuanto con objeto de libre apreciación, no pueden considerarse documentos auténticos.

Congruencia.—Consiste en la esencial acomodación o armonía entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia que pone fin al pleito, sin que pueda tacharse de incongruente a la resolución que concede menos de lo pedido, como tampoco, salvo casos excepcionales, a la que absuelve totalmente. (Sentencia de 15 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

67. *Valoración de las probanzas practicadas.*—Su impugnación en este trámite sólo es viable por el cauce del ordinal 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando los errores de hecho o de derecho en los que pudiera haber incurrido el Juzgador de instancia.

Formulación dentro de un mismo motivo de normas de hermenéutica de distinto tratamiento.—No es dable en casación, incidiendo en la causa de inadmisión 4.^a del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Carga de la prueba.—El artículo 1.214 del Código civil sólo contiene una normatividad en orden a la distribución del «onus probandi», que no lo hace apto para amparar en el mismo un recurso de casación por infracción de ley.

Invocación del artículo 1.215 del Código civil.—Su cita no puede amparar por sí sola el recurso de casación por infracción de ley. (Sentencia de 31 de octubre de 1984; no ha lugar.)

68. *Carga de la prueba.*—Según reiteradísima jurisprudencia el artículo 1.214 del Código civil sólo puede invocarse válidamente en casación al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el juzgador, cuya sentencia se impugna, haya operado de modo indebido la distribución que dicho precepto establece relativamente a la

carga de la prueba, sin que la alegación de tal precepto sirva al recurrente para pretender una apreciación nueva de la prueba, sobre todo si la Sala de Instancia se ha limitado a cumplir el precepto sin invertir el «onus probandi» y dar a los medios probatorios propuestos por la parte el valor o prevalencia que estime correcto, que ha de respetarse así mientras no se impugne la apreciación probatoria por el cauce adecuado y demostrándose el error que se denuncie, en su caso. (Sentencia de 30 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

69. Congruencia.—Según reiteradísima doctrina la congruencia se cumple con el acatamiento a la sustancia de lo solicitado, no a sus términos literales, que no es incongruente la sentencia que estima la demanda y que, en definitiva, tampoco lo podrá ser la que, en atención a las peticiones de las partes y a lo probado, estime en más o en menos las acciones o las excepciones propuestas, sustancial o formalmente alegadas, tal como en el caso del pleito, en cual, justamente por el mandato legal de congruencia, se resolvió ya definitivamente el tema y las cuestiones pendientes sin incurrir en incongruencia al fijar la fecha del cumplimiento contractual según lo alegado y probado contradictoriamente.

Error de hecho.—Es preceptivo la cita del documento o documentos que pudiera servir a los recurrentes para demostrar el error de hecho en la apreciación de las pruebas, lo que desvirtúa totalmente el motivo. (Sentencia de 21 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

70. Casación. Infracciones que no contradicen el fundamento del fallo.—Es doctrina sancionada por reiterada jurisprudencia la de que, por razones de economía procesal y con criterio a la vez lógico y expeditivo, no procede la casación en todos aquellos casos en que las infracciones alegadas y estimadas no contradicen el fundamento que sirve para mantener el fallo recurrido. (Sentencia de 3 de diciembre de 1984; no ha lugar.) J. C.

71. Casación. Error de hecho. Documentos auténticos.—No tiene carácter de documento auténtico a efectos de casación la confesión judicial indecisa, según reiterada doctrina de esta Sala.

Idem.—Igualmente, según doctrina reiterada de la Sala, no son actos auténticos a fin de fundamentar el recurso de casación las manifestaciones aisladas de las partes en los escritos de demanda (sentencias, entre otras, de 2 de junio de 1931 y 12 de diciembre de 1931); ni las apreciaciones que los órganos judiciales establecen en sus razonamientos fundamentales, en virtud de hechos apreciados probados, cuya adecuación ha de combatirse por vía distinta de la del error de hecho. (Sentencia de 28 de diciembre de 1984; no ha lugar.) J. C.

72. Casación. Error de hecho. Documentos auténticos.—Según reiterada doctrina jurisprudencial no gozan del carácter de autenticidad exigida por el artículo 1.692, 7.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil, a los efectos de casación, los documentos que fueron objeto de examen y valoración en la instancia.

Congruencia. Sentencia desestimatoria y particulares suplicados.—Es proclamación reiterada de la Sala que la congruencia no requiere identidad absoluta entre lo pedido y lo concedido ni supone conformidad literal y rígida entre el fallo y las peticiones de las partes conformidad que existe siempre que lo resuelto alcance como consecuencia natural a lo suplicado. Por tanto, en la general decisión desestimatoria han de considerarse comprendidas todas las peticiones que no fueron objeto de expreso acogimiento.

Casación. Valor de la interpretación del Tribunal a quo.—La función interpretadora es de la soberanía del Tribunal «a quo» cuyas conclusiones en tal cometido han de ser aceptadas salvo que hayan incidido en ilógicas documentadas o contradictorias o que conculquen al precepto legal interpretativo de inexcusable observancia. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso, la sentencia recurrida calificó como derecho de opción el contenido de una cláusula incluida por el promotor de un edificio en todas las escrituras de compraventa de los distintos elementos, cuyo tenor era el siguiente: «No obstante expresarse en la norma segunda de las que rigen la copropiedad del edificio que los propietarios de los locales comerciales de la planta baja no vendrán obligados a contribuir a los gastos de conservación de la vivienda del portero, retribución y cargas sociales de éste, ni tendrán participación en dicha vivienda, es condición de este contrato la de que la parte compradora se obliga por sí y por sus causahabientes a consentir que los propietarios de los locales comerciales de la planta baja del edificio participen en la vivienda del portero, si bien con la obligación de contribuir a su retribución y cargas sociales y a los gastos de conservación de su vivienda en proporción a la cuota asignada a cada local en relación con el total del inmueble.

En consecuencia, de su calificación, el Tribunal entendió que pese a que el propietario de los locales no contribuyó de hecho a tales gastos, como pretendía la Comunidad demandante, la cláusula no contravenía el artículo 1.256 del Código civil ni era contraria al título constitutivo de la Comunidad.

J. C.

73. Recurso de revisión. Presupuestos. Interpretación de estructura.—Es reiterada doctrina jurisprudencial que el recurso de revisión tiene un significado restrictivo, de modo que para el éxito de la pretendida anulación no habrá de existir duda racional de la certeza de la causa alegada para fundamentarlo. En concreto, por lo que al empleo del fraude se refiere dimanante de la conducta dolosa de la parte vencedora, su estimación habrá de basarse en una prueba irrefutable demostrativa de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra nexo causal eficiente y manifiesto entre el proceder malicioso y la resolución judicial. (Sentencia de 12 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

J. C.

74. Recurso de nulidad contra laudo de equidad. Finalidad del laudo y funciones del árbitro.—«... la finalidad del laudo no es otra que la distribu-

ción de los bienes del cedente entre sus hijos, de todos los bienes, tanto los provenientes de la herencia de la madre como los adquiridos por la cesión que implica, forzoso es repetirlo, adquisición de bienes y asunción de deudas y, como consecuencia, la función que se atribuye al árbitro es la de contador partidor, propia de una sucesión universal, en este caso «inter vivos» que comprende la de realizar inventario y avalúo de bienes recibidos ya, con anterioridad y como resultado de la cesión, así como de las deudas existentes, con las debidas adjudicaciones o repartos resultantes de todo ello; pero su función no se reduce a esto, sino que, al propio tiempo, se le designa árbitro, para decidir las divergencias o discrepancias existentes entre los cesionarios, con lo que la misión encomendada se completa con el carácter decisorio de la función arbitral... Por ello, es evidente que carece de sentido cuando se habla de «mezcla de cuestiones» y de «interferencia de las funciones de árbitro con las de contador», porque la cuestión es una sola y la función encomendada es igualmente única, completada y reforzada con la forma propia de las decisiones arbitrales, justificada por la existencia previa de una discrepancia en cuanto al modo de realizar ejecutivamente la cesión originaria de todo lo actuado».

Finalidad del arbitraje de equidad.—«... habiéndose concedido facultades absolutas para resolver todas las cuestiones y reclamaciones, no puede decirse que se extralimiten y que si los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción apartándose de la misión amistosa que se les confía, ni debe olvidarse que la misión de los Tribunales es la de dejar sin efecto lo que constituye exceso del Laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, ni complicar o crear dificultades al *móvil de paz y equidad*, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, de lo contrario «se daría paso, de un modo indirecto, a que los Laudos dictados en arbitraje de equidad, pudieran ser combatidos con análoga amplitud a los recaídos en arbitrajes de derecho, burlando la finalidad que guió al legislador de facilitar la resolución de aquellas cuestiones que las partes, por su libre arbitrio o voluntad, quieran someter a tales normas de equidad, buscando soluciones de armonía y concordia, con una mayor amplitud de lo que a veces permitiría la rígida aplicación de las normas del Derecho estricto». (Sentencia de 14 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

A. R. F.

75. *Incidente tasación costas. Prescripción.*—«... que el procedimiento especial de exacción de costas por indebidas no impide que suscitada en él la prescripción de aquéllas al amparo del artículo 1.967 del C. c. se estime esta excepción, que por su naturaleza, significativa de abandono o dejación del ejercicio de un derecho, actúa en cualquier momento en que se oponga». (Sentencia de 26 de noviembre de 1984; no ha lugar.)

A. R. F.

**Suscripción anual: España, 4.900 pesetas
Extranjero, 5.700 pesetas**
**Número suelto: España, 1.600 pesetas
Extranjero, 2.000 pesetas**