

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIX
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXVI

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO, <i>Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima</i>	3
FRANCISCO JORDANO FRAGA, <i>El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento</i>	69
LUIS ROJO AJURIA, <i>La tutela civil del Derecho a la intimidad</i>	133
LUIS PASCUAL ESTEVILL, <i>Los efectos que puede producir un cumplimiento estricto o indebido</i>	151

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich	185
---	-----

Bibliografía

Libros	199
--------	-----

CAMARERO SUÁREZ, Concepción, *La convalidación del matrimonio civil en la perspectiva de la Ley de 7 de julio de 1981*, por José Bonet Correa.—GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Iglesia, Sociedad y Derecho*, por José Bonet Correa.—FESTSCHRIFT für KARL LARENZ, Zum 80 Geburtstag, por José Miguel Rodríguez Tapia.—MASI, Pietro, *Articulazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—MOLANO, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho y del Derecho eclesiástico del Estado*, por José Bonet Correa.—MONTOYA MELGAR, Alfredo, y GARCÍA MORENO, Jesús M., *Estatuto de los Trabajadores (reformado). Normas de desarrollo y jurisprudencia*, por José Bonet Correa.—ORTEGA, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, por José Bonet Correa.—PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad civil: Conflictos de jurisdicción*, por Ricardo de Angel Yagüez.—VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Relectura en torno de la comunidad hereditaria*, por José Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre Derecho de cosas. I. Temas generales*, por José Bonet Correa.—VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre Derecho de cosas. II. La reivindicación mobiliaria*, por José Bonet Correa.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Derecho de autor y destrucción de la obra plástica, por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano	217
Cláusula de revisión arrendaticia sobre la renta consolidada y no sobre la base, por José Bonet Correa	261
Constitución de tutela. Declaración de filiación de un menor. Retroactividad de la Ley de Filiación de 1981, por Beatriz Hernández de Azcárate	270

II. SENTENCIAS	277
----------------	-----

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 XXXIX
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLXXXVI



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.^a

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

Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima

A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

En este ANUARIO —que siempre rememora el recuerdo de su fundador y tantos años director, don Federico de Castro, que con tanto celo consiguió dotarle del prestigio que tiene —en su fascículo IV del tomo XXXVIII, octubre-diciembre 1985, mi querido amigo Manuel Peña Bernaldo de Quirós ha publicado un estudio, *Naturaleza jurídica de la legítima*, que vuelve a remover un tema, cuya discusión periódicamente reaparece y se reaviva en estas páginas.

El nudo de esta controversia se halla en el trazado de la frontera polémica entre la voluntad del causante y sus limitaciones legales. Es decir, radica en la determinación de la mayor o menor elasticidad o rigidez de las normas legales prohibitivas y del modo de entenderlas en su confrontación con la voluntad del *de cuius*. En definitiva, si esas normas están orientadas a proteger los intereses de los legitimarios dignos de tal protección, se trata de determinar cuál es el mejor y más flexible modo de armonizar esa protección, de modo que resulte con la menor merma efectiva posible de la voluntad del causante, con el fin de que ésta pueda moverse en consonancia con las variadas circunstancias del hecho, existentes y previsibles en cada caso contemplado, que nunca están al alcance de los legisladores que sólo pueden y deben contemplar latamente —*in plerisque*— los casos más generales.

Por eso, las cuestiones que los juristas prácticos vivimos no son conceptuales ni sistemáticas, sino de resolución de problemas concretos vivos, que debemos solucionar, atendiendo —en la pugna de los intereses en juego— a lo que resulta más justo conforme la naturaleza de las cosas. Luego compete ordenar y sistematizar esas soluciones y extraer conceptos para mejor clarificar las ideas. Es comprensible que guste a profesores y legistas la claridad y la sencillez y, en cambio, que a los juristas prácticos, en nuestra tarea de arbitrar en la inabordable casuística de la vida real, sintamos y comprendemos la superioridad de los sistemas y regímenes flexibles, mejores para adecuar bien

a lo justo y más individualizadamente la solución de los problemas que se nos presentan. No cabe olvidar que, como arte de lo justo, todo el derecho, ha de moverse entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto para mejor cumplir sus fines y las prohibiciones normativas que deben establecerse, no porque sí, sino por una *ratio* determinada que los juristas debemos desvelar y matizar.

Esta labor la realizaron maravillosamente los jurisconsultos romanos clásicos, los comentaristas del *ius commune* y los grandes autores castellanos de los siglos XVI y XVII. A éstos Peña los tacha de romanistas, pero, tal vez, precisamente lo eran porque en los textos romanos y en sus glosas y comentarios hallaban abundantes modelos de esa adecuación flexible.

Nuestro maestro don Federico de Castro —después de haber alcanzado la cima de la teoría científica del derecho, en su *Parte General del Derecho civil de España*— accedió a este método en su volumen, *El negocio jurídico*, donde —como él mismo dice al comenzar su prólogo— se apartó del «creciente carácter teórico abstracto», no sólo del pandectismo sino también de «la generalidad de los estudios sobre el negocio jurídico), y supo conjugar la denominada —en la terminología de Helmut Coing— jurisprudencia dogmático-sistématica con la —calificada por el mismo profesor alemán— de jurisprudencia *empírico-casuística*, empleada mediante el análisis de la problemática viva, por los juristas romanos y los comentaristas *moos italicus*. Nuestro maestro la empleó analizando tanto las opiniones de los autores españoles de los siglos XVI y XVII como las sentencias del Tribunal Supremo, con un método «nítidamente escolástico» —como hice notar en la *introducción*, que tuve el honor de escribir, para la reedición de esta obra, en 1985, por *Civitas*.

He leído atentamente el estudio de Manolo Peña. Su lectura no me hace variar, ni un solo ápice, en mi posición acerca de este tema del que he venido ocupándome desde 1946 (1) hasta 1984 (2). Es más, no he encontrado novedades reales en sus argumentos, respecto

(1) *Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en Revista General de Derecho, Valencia, diciembre 1946 y enero 1947, pp. 672, 676 y 4 a 6.

(2) Cfr. en especial, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I, en An. Dr. Civil IV-II (abril-junio 1951, pp. 421 y ss. o en la ed. separata, Madrid, INEJ, 1955, pp. 5 y ss.; *Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en A.D.C. XVIII-I enero-marzo 1965, pp. 3-139 y ss.; la serie de estudios publicada en el mismo Anuario, XIX-I, 1966, pp. 3-418; XX-I, 1967, pp. 3-115, XXIII-I, 1970, pp. 9-121, XXIV-I, 1971, pp. 3-147; XXV-I, 1972, pp. 3-151 y XXVI-I, 1973, pp. 3-213; refundidos en mis dos volúmenes *Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J., 1974 (1324 págs.); *Comentarios a los artículos 806 a 857 del Código civil*, vol. XI de los *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* dirigidas por Albaladejo, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., 1.^a ed. 1978, y 2.^a ed. revisada y aumentado 1982; y los caps. II a V, sec. III, I parte del *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 449-781, complementado en la II parte, sec. VI, cap. I, sec. VII, cap. III y sec. IX, cap. IV, en el vol. II, Madrid, 1984, pp. 575-588, 671-679 y 811-832.

de los ya conocidos y expuestos en favor de su tesis de que los legitimarios son herederos en el régimen de nuestro Código civil. Tampoco he visto rebatidas las razones que expuse en contra de cada uno de ellos.

No obstante, pienso que he de contestarle; pues creo no debo dar lugar a que —habida cuenta de mi vocación por las polémicas serias acerca de temas de los cuales creo que algo puedo aportar— mi silencio pudiera tomarse como menoscabo ni como tácita aquiescencia. Y, además, me puede permitir de nuevo poner mi contribución para aclarar mejor la posición de los autores de derecho castellano de los siglos XVI y XVII y, en especial, por lo que se refiere a la Ley 21 de Toro, en la que no llegué a profundizar.

Por eso, aunque mi respuesta, en parte, está anticipadamente escrita varias veces y en más de un lugar, trataré de poner cierto orden en lo discutido, haciendo notar las distinciones que median en algunas cuestiones que, a veces, son entremezcladas, produciendo las consiguientes confusiones y deformaciones. En especial, deberé efectuar precisiones respecto de la posición de los autores de derecho castellano, que no puede fabricarse cosiendo mentalmente unas afirmaciones aisladas del contexto al que se refieren y mutiladas de las razones jurídicas aducidas para formularlas.

Para mayor claridad de la respuesta, seguiré, punto por punto, el estudio de mi buen amigo.

I. INTRODUCCION

«La tesis fundamental contenida en el presente trabajo —comienza diciendo paladinamente Peña— es que los legitimarios son herederos».

Primera advertencia: nunca nos hemos atrevido ni nos atreveríamos a plantear la naturaleza de las legítimas en una sola alternativa: heredero o legatario —a la que Peña (3) parece reducirla—; pues la desborda por todas partes. Por eso, he venido diferenciando las siguientes diversas cuestiones, acerca de la naturaleza de las legítimas:

- a) ¿Consisten en un *límite negativo o freno* a la libertad de testar, o bien en una atribución hereditaria legal directa e inmediata, *ope legis o ipso iure*?
- b) En uno u otro de esos casos, lo debido o lo deferido legalmente, *¿es pars hereditatis, pars rerum, pars bonorum —minutatin ex singulis rebus, o no—, pars valoris bonorum, pars valoris, etc.. etc.?*
- c) Cuando existe el deber de instituir heredero al legitimario y caso de contener el testamento tal institución: ¿cabe diferenciar la —necesaria o forzosa— institución de heredero y la legítima —propiamente

(3) Dice PEÑA (VI, p. 884): «El Código estructura el sistema sucesorio sobre la distinción heredero-legatario (cfr. art. 660 C.c.) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los compiladores— habría omitido la regulación de la figura del legitimario». En su lugar profundizaremos un poco ese tema que Peña vuelve a simplificar, omitiendo todo lo discutido y escrito desde hace cerca de cuarenta años.

dicha— como cuota de bienes o de valor —según el sistema— pero no de herencia. Esta cuestión, fundamentalmente de derecho histórico, sirve, aún hoy, para clarificar, con su perspectiva, no sólo la interpretación de las normas legales vigentes, sino también, en muchos casos, ciertas disposiciones testamentarias y «para poder delimitar su aplicación en su adecuado sentido».

e) ¿Se refiere la palabra *legítima* a un *contenido* o al *derecho para obtenerlo*? Si la legítima consiste en una vocación legal, se identifica, a la vez, con su contenido y con su título, y el legitimario es titular y dueño de ese contenido, tiene derecho *en o sobre* él. Pero, si la legítima es un derecho *a* obtener es contenido, uno y otro se distinguen bien. Este trata de asegurar la adquisición de aquél, de diversas y múltiples formas y maneras. Y esa protección es determinante de los caracteres —formales, cualitativos y cuantitativos— de dicho contenido debido a los legitimarios y ha de dotar, a sus beneficiarios, de los medios legales y acciones precisas para conseguirlo.

Estado de la doctrina

Casi todo el párrafo de su introducción lo dedica Peña a resumir ese estado. En su enumeración de los valedores de la tesis de que los legitimarios son herederos (*ex lege*, claro)—anteponiéndoles el adversario de tiempo «hoy»— nombra a tres autores que lo defendieron hace ya muchos años: Fuenmayor (4), en un trabajo juvenil, Ortega Pardo (5), en 1945 reiterándolo en 1950 (6) y Espinar Lafuente (7), en 1956.

Por lo que a Fuenmayor se refiere, debo precisar que, en 1946, apareció otro artículo suyo (8), en el cual destacaría que el artículo 815 Código civil, recoge el «espíritu de la legítima romana con un notable avance de la libertad de testar»; «si el *de cuius* —dice— cumplió sólo en parte el *officium pietatis*, entonces la autonomía de la voluntad se concilia con el derecho del legitimario mediante el juego de la acción de suplemento». Y, posteriormente, cuando en 1948 (9) estudió la legítima en su regulación por el Código civil, la examina como una institución de carácter negativo, prohibitiva, que integra un conjunto de «limitaciones impuestas al causante», sin que ni tan siquiera aluda a la tesis que había defendido en su primer ar-

(4) Amadeo de FUENMAYOR CHAMPÍN, *La mejora en el sistema sucesorio español* en *Ius* 1945, pp. 5 y ss y en *Boletim de la Facultade de Dereito*, de la Universidad de Coimbra 1946, separata, pp. 13 y ss.

(5) Gregorio ORTEGA PARDO, *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, Gráficas Unión 1945, pp. 119 y ss. y.

(6) ORTEGA PARDO, *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en A.D.C. III-II, abril-junio 1950, pp. 321 y ss.

(7) Francisco ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, n. 156, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 334 y ss.

(8) Amadeo de FUENMAYOR, *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria V*, en R.G.L.J. 179, primer sem. 1946, pp. 67 y ss.

(9) FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, en A.D.C. I-I, enero-marzo 1948, pp. 46 y ss.

título. Tampoco lo hizo, meses después, al ocuparse, en un precioso estudio, de la mejora de labrar y poseer en el derecho consuetudinario gallego, y al relacionarla con la normativa del Código civil (10).

Y Guillermo García Valdecasas (11) —a quien asimismo cita—, ciertamente, también considera que el legitimario es heredero *ope legis* de la *cuota de reserva* —«parte de la herencia reservada por la ley»— pero no de la *cuota de legítima*, que califica de «cuota de valor que el mismo legitimario tiene derecho a percibir».

Su referencia a quienes hemos defendido la tesis contraria a la suya, la encabeza con mi maestro Roca Sastre y conmigo, resaltando nuestra foralidad catalana. Ciento es, que acota, «no fue justo» el reproche de efectuar un «intento foralizador» que González Palomino imputó a Roca Sastre; pues, precisa, que ambos de lo que tratamos fue de «aproximar el sistema castellano al del derecho común», como habían hecho los juristas castellanos de la época clásica. Voy a hacer, a este respecto, algunas puntualizaciones.

Roca Sastre no fue el primero que —después de publicado el Código civil— hizo notar la naturaleza de *portio debita* que tiene la legítima recogida en él, y que ésta no es una cuota de delación legal forzosa. La configuración fundamentalmente negativa de las legítimas, como limitación *mortis causa* de la facultad de disponer, fue ya en 1890 claramente explicada por *La Gaceta del Notariado*: «La ley tiene, respecto de las adquisiciones *mortis causa*, carácter enteramente subsidiario, interviene para suplir el silencio del finado, o para encauzar la voluntad del testador evitando que cometa una injusticia...» (12). Sánchez Román indicó que las legítimas, «en el concepto de institución legal en España», no tienen «un carácter sustantivo y esencial, como entidad jurídica de propia naturaleza, sino más bien negativo y de limitación mayor o menor de la libertad del *ius disponendi* por causa de muerte» (13). Calderón Neira comparó al legitimario con un acreedor al que debe pagársele la deuda «con cuerpos hereditarios de la que responden todos los bienes de la herencia» (14). Jerónimo González consideraba que, desde hace muchos siglos, la legítima castellana quedó configurada en «una concepción de líneas románicas» (15). Felipe Clemente de Diego, destacaría «que se orientó nuestra legislación hacia la romana», deviniendo el legitimario «más acreedor del patrimonio del causante que propiamente heredero del mismo», cumpliéndose el fin de la institución, si éste dejare a los legitimarios «esa

(10) FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer* IV, pp. A.D.C. I-III, julio-septiembre 1948, pp. 901.

(11) Guillermo GARCÍA VALDECASAS, *La legítima como cuota de herencia y como cuota de valor*, en R.D.P., XLVII, noviembre 1963, pp. 957 y ss.

(12) *Gaceta del Notariado*, XXXIX, 25, 22 junio 1890, pp. 387 y ss.

(13) Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, VI, cap. XV, 5-cfr. 2.^a ed. Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1910, p. 764.

(14) Manuel CALDERÓN NEIRA, *La colación en el Código civil*, en R.G.L. y J., 111, 2.^o sem., 1907, p. 122.

(15) Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Observaciones a las conferencias del Doctor Ferrara*, en R.C.D. I, 1929, p. 65, o en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, III, Madrid, Ministerio de Justicia, 1948, p. 241.

parte de bienes» por el título que fuere (16). Y mi maestro Alguer precisaba que el denominado llamamiento forzoso no es una causa de delación, «no es más que un límite puesto al llamamiento voluntario» (17).

Por lo que a mí se refiere, debo hacer constar que no he sentido la preocupación de aproximar la legítima castellana a la del derecho común, sino de saber lo que realmente era aquélla; y que, para profundizar en su conocimiento, siempre me he guiado por los más grandes juristas del Reino de Castilla, tratando de reconstruir su genuino pensamiento. Basta leer mis *Apuntes de derecho sucesorio* y los dos volúmenes de mi tratado *Las legítimas* para comprobar, sin lugar a duda alguna, que nada foráneo he sobreañadido al pensamiento de ellos.

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

A) EL ARGUMENTO HISTÓRICO SEGÚN LA TESIS ROMANISTA

Peña refiere mi planteamiento general de que el Código civil, conforme la Ley de bases, debió de recoger, en este punto y con la modificación cuantitativa de las cuotas, el derecho castellano tal como lo habían estructurado los juristas castellanos al interpretar y aplicar los textos del Fuero Real y las Leyes de Toro, con la guía de Las Partidas, del *Corpus Iuris* y de los comentarios de éste por los autores de derecho común. «La construcción de nuestros clásicos —había concluido yo (18)— guardó las proporciones góticas, pero se realizó con materiales romanos. El derecho germánico, evolutivamente atenuado, fue regulador de la medida. El derecho romano en su fase justiniana explicó la naturaleza». Como muestra evidente mostré que Antonio Gómez —el autor castellano que mayor difusión e influencia práctica tuvo (de él decía Federico de Castro que fue el Castán de su época)— en sus *Varias Resoluciones*, se ocupó de las legítimas, en el capítulo XI, que lleva por título *De successione contra testamentum* (es decir, la sucesión *contra tábulas*, según la terminología romana), en el que trata, sucesivamente, de la preterición, la desheredación, la *querella inofficiosi testamenti*, en caso de haber sido el querellante excluido totalmente de la herencia, la legítima, como excepción oponible a esa última y la *actio ad supplementum*, para reclamar lo que faltare para cubrir la parte debida. Nada hallamos allí que aluda, en modo alguno, a una vocación legal forzosa que tampoco aparece en ningún otro autor castellano.

(16) Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil*, III, Lec. 87, cfr. ed. Madrid, 1932, pp. 186 y ss.

(17) José ALGUER MICÓ, *Ensayo sobre varios temas fundamentales del Derecho civil*, en R.J. Cataluña, 1931, pp. 132 y ss.

(18) Así lo concluimos ya en nuestros *Apuntes*, 2.^o, A.D.C. IV-II, 435 y separata, p. 19 y lo hemos repetido casi literalmente en múltiples ocasiones.

B) PECULIARIDADES DEL SISTEMA CASTELLANO

Dice paladinamente Peña que él, contrariamente a lo expuesto por mí, cree que los antecedentes castellanos no ofrecen suficiente fundamento histórico «a la que podríamos llamar tesis romanista» (19).

A su juicio: «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— se continuaba enseñando sólo el derecho romano y el canónico"».

La cita de nuestro maestro (20) —que no se refiere concretamente al derecho de sucesiones, sino de modo general al influjo romanista en las universidades— sigue diciendo «el mismo examen sobre el derecho español para todos los que iban a desempeñar cargos de justicia, lo hacían los letrados ante el Consejo», cuyos miembros tenían formación romano canonista.

Pienso que, sin duda, esto apoya mis afirmaciones antes transcritas. Los juristas castellanos no podían hallar soluciones en el derecho germánico —que, por lo demás, conocían aún menos que hoy nosotros, tras las modernas investigaciones de los historiadores del derecho— para la problemática que vivían y que sí las hallaban en el derecho romano.

Además, de una parte, el derecho romano y el canónico no sólo influyeron en los juristas teóricos y prácticos. Ambos, y especialmente el segundo de estos derechos, penetraron en la legislación, como ocurrió en el Ordenamiento de Alcalá, concretamente en su ley única, tít. XIX, que pasó a ser en el Ordenamiento Real de Castilla la 5, 2, 1, la cual abrió a la voluntad del testador cauces que no existían en el derecho justiniano, pero que aún mucho más alejados se hallaban de las concepciones germanistas. Y, a través de su llamada a las Partidas, como derecho supletorio penetró gran parte del derecho sucesorio romano. De otra parte, el derecho no se circunscribe al texto literal de las leyes, sino que incluye las interpretaciones vividas en la práctica. Si los legisladores redactan las leyes en términos generales, los juristas tejen el derecho en contacto con los hechos vividos y tratan de hacerlo razonadamente. No es extraño que, para ello, en Castilla, como en Portugal, en Cataluña, en Valencia, en toda Italia, etc., acudieran al derecho romano como *buena razón* (21) y a la riquísima problemática

(19) PEÑA, p. 852.

(20) Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General*, tomo I, 3.^a ed. Madrid, I.E.P. 1955, p. 166.

(21) Respecto la aplicación del derecho romano como buena razón, «non ratione imperii sed imperium rationis», cfr. Francisco CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, III, 20, p. 128 y Milano, GUILFRE 1951; *Medioevo del diritto*, II, VIII, 3. Milano Guiffre, 1954, p. 614; Paul KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, cap. VIII, ed. Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1956, pp. 144 y s.;

que, para su adecuación a las realidades vividas, elaboraron los juristas *moss italicus*.

«Pero —termina Peña su prefacio— nuestros autores clásicos eran conscientes de las peculiaridades del sistema legitimario castellano, confirmado por las Leyes de Toro, que no se limitaban a la cuantía de la legítima».

Esto es muy cierto. Nunca lo hemos ignorado, ni silenciado. Del mismo modo que tampoco las legítimas catalana y balear se identifica cualitativamente en todo con la legítima romana. Ni la romana justiniana con la romana teodosiana. Pero estas diferencias, por sí solas, nada indican acerca de que la legítima castellana fuera —como quiere Peña— una forma de sucesión legal, una cuota de delación hereditaria forzosa, como él pretende.

El, para inclinar al lector en favor de esa tesis, contrapone la legítima castellana y la del derecho común, y compara sus diferencias. Claro que, con el fin de que la perspectiva fuera completa, convendría haber confrontado también la legítima castellana con la germánica, lo cual echamos de menos en su trabajo.

Pero vayamos ya al cotejo que Peña efectúa.

1. «En el sistema romano, en el 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 primacia de la sucesión legal» (22).

Para confirmarlo, Peña (23) nos traslada a la Alta Edad Media, período de tránsito y oscuro del que la Europa cristiana salió con la ayuda de las luces del derecho común, romano y canónico, en la Baja Edad Media, que es el período que realmente interesa por ser el integrador del caudal jurídico en el cual abrevaría el derecho posterior.

Lo cierto es, por otra parte, que ni siquiera los textos del Fuero Juzgo —que en el Reino de León siguió siendo «el Libro» por excelencia— habían mantenido propiamente la tradición germánica. Al menos esta es la opinión que ha acabado de imponerse entre los historiadores del derecho (24). Según ella, la parte dispositiva del Fuero Juzgo, 4, 5, 1, limitaba la libre disposición a título gratuito, *inter vivos y mortis causa*, de padres y abuelos y su facultad de desheredar, para cuyo ejercicio exigió una justa causa. Conforme ese criterio, Jerónimo González (25) resalta que, según el texto de esa ley, «los

Guilherme BRAGA DA CRUZ, *El derecho subsidiario en la historia del derecho portugués*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1971; Alejandro GUZMÁN B., *Razón escrita III*, 2, en Rev. Est. Histórico-Jurídicos de la Univ. Católica de Valparaíso IV, 1979, pp. 144 y ss. y nuestro estudio *El derecho romano como buena razón en Cataluña*, en Boletim da Facultade de Direito de la Univ. Coimbra LVIII-I, dedicado a los Profesores Paulo Mereia y G. Braga da Cruz, 1982, pp. 471-532.

(22) PEÑA, p. 852.

(23) PEÑA, nota 11, pp. 852 y s.

(24) Cfr. nuestros *Apuntes I*, 2.^a, A.D.C. IV-II, pp. 430 y s., o separata, pp. 14 y s.

(25) Jerónimo GONZÁLEZ, loc. cit., p. 241.

padres y abuelos, *sin perder por completo la facultad de disponer de su patrimonio*, no podían separar por una indiscreta voluntad a los hijos y descendientes de su misma sucesión». Lo cual —a su juicio— muestra «el desvanecimiento de la tradición germánica desde el primer siglo de la invasión», y que la legítima gótica no tenía el carácter sustantivo y positivo de atribución legal de la *reserva germánica*, sino el negativo de limitación, mayor o menor, de la libertad *ius disponendi mortis causa* de la legítima romana.

Las disposiciones del Fuero Real de Alfonso el Sabio 3, 5, 9 ; 3, 6, 1 ; 3, 6, 3 ; 3, 12, 7 y 4, 22, 1, pueden leerse con lentes germanistas o románicas, y, en ese segundo caso, sus disposiciones tienen un sentido cuantitativo. Aquella lectura es la que hace Peña, pero no es la que efectuó, con mucha menor distancia cronológica de la ley, su principal comentarista, Alonso Díaz de Montalvo, en sus glosas, que serían utilizadas de modo usual así por profesores como por prácticos del derecho, que leían el Fuero junto con ellas. Estas reconfirman que la legítima había de deferirla el causante a título de institución (26); que todo padre que tuviere hijos de bendición debía dejarles la herencia al menos en su porción legítima —«*debetur patris hereditas ad minus legitima portio*» (27)—; y, en fin, para los casos en que el testador o el donante privara a hijos y nietos de todo de parte de la legítima o se la gravara, se remite a los remedios previstos en el derecho romano (28).

La referida ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá de 1348, tan sólo es concebible partiendo de su aplicación a un sistema románico, a fin de corregir el formalismo del requisito de la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento; ya que resultaría incomprendible de existir el *Wartrecht* germánico, con la consiguiente atribución legal de la herencia, *ipso iure*, al fallecer el padre, pues entonces no podría hablarse de dejar a alguien «en su postrimera voluntad por heredero», como dice el texto de la ley.

La ley 6 de Toro ordenó: «*Los ascendientes legítimos por su orden y linea derecha sucedan ex testamento e abintestato a sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos...*». Es decir, ordena que les sucedan por testamento y abintestato.

Por una mala interpretación de un texto de Antonio Gómez, cree Peña (29) que, en él, *ex* (de, desde, por, a causa de, según, en virtud de) equivale a *contra*. El texto de Gómez (30) dice que la Ley de Toro, «*quae aperte disponit, quod ascendentes succedant descendantibus ex testamento, et ab intestato, sicut e contra*» [es decir, según y contra]:

(26) Cfr. *El Fuero Real de España glosado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Salamanca, casa de Juan Batista de Terranova, 1569, 3, 5, 9, fol. 127 vto. glosa a.

(27) *Ibid.* 3, 6, 1 fol. 131 vto. glosa a.

(28) *Ibid.* 3, 5, 1, fol. 127 vto., glosa f; 3, 6, 1, fol. 132, gl. c; 3, 6, 3, fol. 134 glos. a y b.

(29) PEÑA, pág. 853, en rel. 869, nota 71.

(30) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris Civilis, Communis et Regii*, cap. XI, 36; cfr. ed. Lugduni, 1701, p. 53.

quae verba legis ex testamento necesario debent intelligi [en virtud de testamento de modo necesario debe entenderse], *id est* [esto es, a saber, es decir] *contra testamentum: quia ex testamento, hoc est ex voluntate defuncti, etiam qualibet extraneus institutus admiteratur et succederet etiam ante illam legem, et ea non obstante*. Es decir, significaba que por testamento, o sea por voluntad del difunto, los ascendientes, igual que cualquier extraño instituido, serían admitidos y sucederían tanto en presencia de esta ley como no obstante ella; pues, lo que ésta dispone es que deben suceder necesariamente, incluso contra el testamento. Pero, para ese caso, señala Gómez que debían hacerse valer los remedios propios del derecho romano, que él mismo enumera. Los cuales no serían necesarios si se hubiese producido una sucesión *ope legis* a favor de esos herederos forzosos. Forzosos en el sentido de que debían necesariamente serlo, ya sea por testamento, contra testamento o bien sin testamento. Tres posibilidades de las cuales sólo cabría la última en el derecho sucesorio germánico, puesto que el testamento cuando —en un grado ya avanzado de su evolución— fue utilizado, sólo podía emplearse para disponer mandas, mas no para instituir herederos. Por lo cual, de existir tal sistema, no sería preciso impugnar institución de herederos alguna, puesto que no era posible ni tenía lugar.

Las frases «*totum patrimonium patris*» u «*omnia bona... excepta quintis*», no tenían, pues, sino su llano significado cuantitativo. La diferencia entre el sistema romano y el castellano se centraba, por lo tanto, en que la regla general no era en éste la libertad de testar; pero tampoco lo era la vocación forzosa.

Añadamos que la ley 24 de Toro regula los efectos de la preterición —la cual no tendría sentido en el sistema germánico—, excluyendo de la invalidez las mejoras de tercio y de quinto, con lo que seguía el criterio romano de la Novela 115, 3 y de la auténtica. *Ex causa* (31).

2. «En el sistema romano, la institución de heredero era el *caput et fundamentum totius testamentum*». En cambio: «Desde el derecho visigótico nunca fue necesaria la institución de heredero. 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 institución de heredero» (32).

Parece que Peña no se da cuenta de que esta última afirmación —que le hemos transcrita— contradice su tesis, puesto que reconoce la entrada en vigor de las Partidas como derecho supletorio de los textos autóctonos —tal como se produjo en la práctica y muestran los autores castellanos— siendo así que esos textos no regulaban la naturaleza de la legítima ni su contenido, ni los medios para hacerla valer.

Por otra parte, ya hemos dicho antes que, precisamente, la ley única, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá no significó una reacción

(31) Cfr. nuestro *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, 219, pp. 473 y ss.

(32) PEÑA, p. 855.

germanista frente al derecho romano, sino una desformalización del testamento de acuerdo con la tendencia canonista, entonces en auge (33).

No olvidemos que esta cancelación del principio de la necesidad de la institución de herederos para la validez del testamento si bien está en plena contraposición respecto del derecho romano clásico, prácticamente había dejado ya de estarlo desde que se admitió el valor a la cláusula codicilar, que los autores de derecho común estimaban tácitamente entendida en algunos casos, especialmente en el *testamentum inter liberos et descendentes*. Tampoco debemos olvidar que paralelamente a la referida ley del Ordenamiento de Alcalá, pero con anterioridad cronológica, el derecho tortosino (*Cod. cost.* 6, 4, 2) y el barcelonés (Privilegio de 1339) habían llegado a soluciones parecidas de mantener la validez de los testamentos, aunque no contuvieran institución de herederos ni cláusula codicilar expresa (34). Conforme esas novedades, en dichos testamentos eran válidos los legados (y en Castilla, las mejoras) que debían entregar los herederos *ab intestato*. Así lo entendieron los autores castellanos (35), con la matización de Matienzo que vamos a ver.

Matienzo, en quien especialmente Peña intenta apoyarse, claramente entiende que en ese caso no tiene lugar la sucesión intestada. Pero, tampoco estima que se produzca una vocación legal forzosa, independiente del testamento, sino —muy al contrario— interpreta que, por presunción legal, se entienden instituidos —en el propio testamento— no sólo los descendientes y, en su caso, ascendientes, sino todo aquél que «según derecho y costumbre de la tierra debía de heredar», es decir, a los que correspondería ser herederos legítimos o intestados, por su orden y grado, del testador. Así, con toda claridad, concluye que «*non succedunt ab intestato heredes legitimi sed ex testamento, in quo nullus fuit institutus heres, propter voluntatem, et vocationem tacitan ab hac lege praesumptam*» (36). Es decir, que la ley del Ordenamiento presume que el testador tácitamente los instituyó. ¿Cabe algo que sintonice menos con la legítima germánica?

En cuanto a la pretendida definición de la legítima, que Peña (37) dice, de Larrea, «recogiendo la definición de Angulo», debo precisar que ambos autores, en el lugar de referencia, examinan la amplitud

(33) Cfr. nuestro *Apuntes*, II, § 1, I, a, 1º, en A.D.C., IV-IV, octubre-diciembre 1951, p. 1369, o separata, p. 138.

(34) Cfr. *Panorama*, vol. I, 35, pp. 88 y ss.

(35) Cfr. *Apuntes* II, § 1, B. b, en A.D.C. IV-IV, pp. 1360, o separata, pp. 129 y ss.

(36) Juan MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectiones legum Hispanae*, lib. 5, tít. 4, gloss. 11, n. 1: ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 82 y vto, que, a continuación, se remite a la glosa anterior, nn. 47 y 56, donde respectivamente dice: «*ergo voluisse coheredem sibi universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ad hereditatem quo herede universalem dare eum, qui ab intestato a lege vocatur ad hereditatem quo herede universale instituto clarum est*» (fol. 80 vto.), y que «*non dixit testam. quod hered. legitimus succedat ab intestato, sed quod succedat is qui non facto testamentum a lege vocatur*» (fol. 81).

(37) PEÑA, p. 855, noa 22.

del pacto de no mejorar a una hija que se casa, en relación con la pragmática de Madrid que restringía la cuantía de las dotes. En ese contexto, se trataba de determinar el sentido de la prohibición de mejorar a una hija, por razón de su dote, en el tercio, ni en el quinto ni en parte alguna de ellos. Y ambos autores aclararon que dicha pragmática impedía la atribución a dicha hija, por partes iguales con sus hermanos, de tales cuotas; pues, en ese caso, no se entendía mejorada (38). Es en este contexto que Larrea plantea la distinción: «*Legítima necesaria et voluntaria diferencia*» (39), y parte de si es su atribución «*aut patre invito vel eo volente*», es decir, según ésta atribuya la legítima contra su voluntad o sea forzado o bien voluntariamente. Lo cual, ya de por sí solo, deja sin sentido y excluye la interpretación de Peña, que pretende encontrar en el derecho castellano una atribución al legitimario directa de la ley por una delación forzosa, impensada por Larrea.

Este explica así ambos términos de su distinción y, para el segundo supuesto, aún subdistingue:

— «*legítima a patre invito* [forzado o contra su voluntad] *est, quae extractio tertio, et quinto a reliquis bonis tangit* [tocan, corresponden] *aequaliter cuique filiorum, cum pater possit tertium uni adimere et alii dari* [quitar a uno y dar a otro]». Aquí el planteamiento no es el de una delación forzosa con facultad de distribuir, mejorando, sino el negativo del freno o de limitación de la facultad de disponer.

— «*legítima a patre volente est pars aequalia cum aliis ex omnibus bonis, nam cum patre non compellatur disponere de tertio et quinto nullo melioratio*». Es decir, siendo legítima voluntaria la parte de tercio y quinto que no la empleara en mejorar, el padre podía disponer por partes iguales entre sus hijos incluida la dotada de todos sus bienes, incluso tercio y quinto.

— «*vel patre intestato defuncto, omnia bona sunt legitima filiorum et eis lege aequaliter deferuntur, 1. inter filios, C. famil. ercis...*». La cita de textos romanos disipa toda duda, si alguna cupiere aún, de que Larrea no tenía en la mente —si es que la conocía— la legítima germánica —a través de cuya concepción todo lo projuzga Peña—, sino que, sencillamente, se refería a la sucesión intestada.

3. «En el sistema romano, la porción legítima se concibe como *pars bcnorum*», por lo cual, los legitimarios «no sucedían en las deudas, ni respondían, por tanto, directamente frente a los acreedores del causante». En cambio, en el derecho de Castilla, según la 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» (40).

(38) Andrea de ANGULO, *Commentaria ad leges regias meliorationum*, Madrid, 1585, lex 6, flos. 1, fol. 146 y ss.

(39) Juan Bautista LARREA, *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis*, Disp. XXXVI, 18; cfr. ed. Lugduni, 1679, pp. 307 y s.

(40) PEÑA, pp. 35 y s.

Vemos entremezcladas en estas frases, tanto respecto del derecho romano como del castellano, tres cuestiones diferentes.

Una, si la legítima, como porción material mínima de la que no puede privarse a ningún hijo, era *pars hereditatis* o *pars bonorum*. Cuestión enturbiada por el deber de instituirlos herederos dimanante de la novela 115 de Justiniano, pero que se planteaba cuando el hijo, no instituido heredero pero beneficiado por donación o legado, ejercitaba la acción de suplemento y no la querella *in officiōsi testamenti*, o si un legitimario, aún no habiendo sido beneficiado en modo alguno, sólo reclamaba, sin querellarse, el mínimo al que tenía derecho.

Otra, la responsabilidad del legitimario que —aunque la legítima, como porción mínima a la que se tenía derecho *per se*, objetivamente fuera *pars bonorum*— dependía del título por el cual la recibiera, sea como heredero o bien como legatario.

Y, tercera, la de la responsabilidad de los herederos —forzosos o voluntarios— por las deudas del causante, o de la herencia, y por los legados dispuestos por el testador.

Vamos a distinguiérlas, para analizar bien la tesis de nuestro amigo.

a) La primera cuestión, es decir, la referente a la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima cuando podía abstraerse del deber de instituir heredero al legitimario —como, en general, se entendía si era atribuida por institución en cosa cierta concurriendo un heredero *ex asse*—, creo haberla explicado clara y repetidamente (41), y mostrado que la opinión común de los autores dio a esa calificación una respuesta afirmativa. Peña reconoce que yo mismo había señalado como opiniones excepcionales las de Vázquez de Menchaca, Matienzo y Parladoiro (también señalé la de Sarmiento) (42).

Pero, he de hacer notar que tampoco estos autores entendieron la legítima castellana al modo germánico —como porción deferida por vocación legal—, aunque no distinguieran —en contra del parecer de la mayoría de los autores de derecho común— la necesidad de instituir herederos a los legitimarios y la naturaleza de la legítima en el caso de que la admitiese a título distinto quien tuviera derecho a ella. Es decir, partían —sin hacer tal distinción— del deber de instituir herederos a los hijos y descendientes para no incidir en preterición, conforme la Novela 115, aunque lo reforzaran argumentalmente con la consideración de que, en Castilla, la legítima cuantitativamente abarcaba toda la herencia excepto el quinto.

Precisamente Vázquez de Menchaca defiende igual solución también para el derecho romano. Respecto de éste dice que, si bien la común opinión de los autores entiende que se trata de una *quota bonorum* y no *hereditatis*, él opina lo contrario, o sea que es *quota here-*

(41) *Notas críticas a la pretendida distinción entre ... 19, b; cfr. en A.D.C. XVIII-I, pp. 72 y ss.; Estudios de derecho... III, pp. 141 y ss.; Las Legítimas, I, cap. IV, I 6, 6 y 7, pp. 195 y ss.; Panorama... 247, p. 544 y 249, pp. 346 y ss.*

(42) Cfr. *Notas críticas...,* notas 196, 197 y 198, A.D.C., cit., p. 74 y *Estudios*, p. 243.

ditatis, «regulariter», basándose fundamentalmente en que la legítima «est relinquenda título *institutionis*» (43); pues, en el derecho justiniano la legítima «tenetur oportere legitimam relinquere titulum honorabilem *institutionis*» (44); porque en la expresión *bonorum* es comprendida *hereditatis* (45); porque no se puede aceptar la legítima y repudiar la herencia (claro que ahí sólo se refiere al caso de estar aquella embedida en la *institución*), y porque el hijo instituido en cosa cierta no sólo recibe el honor del título sino que de no aceptar sus coherederos, se entendería heredero universal (46). Claro que el *quid* de la cuestión que el jurista pinciano elude, surge en el caso de que se produzca la aceptación de herederos *ex ase*: si éstos son herederos, el instituido en cosa cierta resulta ser mero legatario de esta cosa cierta, y no es heredero.

Respecto del derecho castellano, Vázquez de Menchaca se apoya en el Fuero Juzgo 3, 5, 9, para dictaminar que también es necesario (*oporet*) deferir la legítima *honorabilem titulum institutionis*. La ley única, tít. 18 del Ordenamiento de Alcalá, la entiende en el sentido de que, faltando en el testamento la institución de heredero, tiene lugar la sucesión intestada por la cual la legítima también se cubre a título de herencia (47). Nota que si la legítima se deja por legado, y el testamento contiene la cláusula *ut testamentum valeret eo meliori modo quo posset*, se entiende deferida a título de institución; y que, en caso de que contuviese cláusula codicilar, vale el testamento en que se dejase la legítima a título de legado —sin hacer otra aclaración.

Pero, al concluir, señala veinticuatro supuestos que limitaban esa regla general, cupiendo en ellos dejar la legítima por título distinto del de institución y aún, al final de la limitación 22 —cuando por utilidad del hijo no se le dejara a título de institución— añade que otras varias limitaciones y extensiones pueden colegirse en las cuestiones discutidas por él antes y en las subsiguientes (48).

Y, entre ellas, más arriba contempla el caso de que el hijo hubiese recibido —y, por ende, aceptado— la legítima por derecho de legado o bien en cosa cierta de menos valor que su legítima corta; y dice que, en ese caso, el suplemento al que tiene derecho, le corresponde en la misma forma, es decir a título singular, por lo cual —así como en caso de serle debida a título de heredero sólo a los demás herederos puede reclamarla y no a los legatarios— y en cambio, en ese segundo caso, de no satisfacérsela los herederos, puede accionar contra los legatarios (49). También advierte que, conforme la Partida 6, 8, 5, si el

(43) Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionum creatione, progressu et resolutione tractatus*. Prima partis, Lib. II, § XXX, 44, cfr. ed. Venecia, 1573, pp. 458 y ss.

(44) *Ibid.*, 233, p. 463.

(45) *Ibid.*, 212, p. 259.

(46) *Ibid.*, 212, pp. 459 y ss. y 235, p. 436, p. 464.

(47) *Ibid.*, 241 y ss., pp. 465 y ss.

(48) *Ibid.*, 247, 248 y 251, p. 466, y 260 y ss., p. 467 y ss.

(49) *Ibid.*, lib. I, § X, n. 393, vers. *Unde portionis*, en rel. vers. *Ergo cum inter*, p. 211.

hijo *rescibiesse* [«*aquella parte que le era mandada*», es decir, legada, sin ser instituido heredero] «*e no protestasse, que le fincasse en saluo la querella que auia del tal testamento, non podria despues quebrantarlo*». Por lo cual «*querella opus esse rescindendum illud testamentus, quod erat mero iure firmum*», modificándose el derecho romano antiguo que en caso de preterición, estimaba nulo el testamento y no tan solamente rescindible; y, en consecuencia «para tal hijo la preterición no es válida omnímodamente», pues «la querella se entiende que subyace, aunque a título singular (*iure singulari*) recibiese íntegramente la legítima». Es decir, el hijo podía ejercitar la *querella* o bien aceptar lo legado y, en su caso, ejercitar la *actio ad supplementum*, en cuyo caso no recibía, aquélla ni éste, como heredero (50).

En cuanto a Matienzo (51), éste al concluir la misma glosa en la cual dice que siempre la plació el referido criterio de Vázquez de Menchaca, añade que siempre vió practicar en la Real Cancillería de Valladolid que «el hijo a quien le fue dejado algo por cualquier título, no impugnara el testamento, sino que accediera al suplemento de legítima, conforme las l. *omnimodo* y l. *scimus*, § *repletionem*, C. de *inoff. testamen.* e, incluso, si no reclamaba el suplemento, era visto que los senadores reales pronunciaran, así, que se le complementara la legítima». Es decir, se resolvía de ese modo, aún sin título de heredero y por medios de derecho romano.

El argumento final de Sarmiento (52), es que, «como en alguna parte deben ser instituidos los hijos, es decir de herencia no de bienes, y así el instituido en la parte legítima es heredero, por el contrario si es instituido en una cuota de bienes es preterido como lo es el designado legatario: luego la legítima, siendo debida a título de institución, es cuota de herencia aunque ciertamente donde sea posible el título de legado es cuota de bienes».

Parladorio (53), para sostener que la legítima es *pars hereditatis*, busca el argumento en el significado de las palabras según textos de derecho romano, como la l. *quoties*, Cod. de *hereder institut.* y glosas a la l. *ex facto*, § 2, ff. de *hered. institut.* *si quis servum* y *si qui certam*, ff. de *legat* 2; en que el derecho antiguo se refería en sentido equivalente a partes *bonorum* y a partes *assis*, y en que los preceptos del derecho real, al señalar que la legítima es toda la herencia excepto el quinto, daban con ello a entender que estaba determinada en todo el *as*, excepto el quinto.

En suma, tampoco vemos que esos poquísimos autores mencionables como sustentadores de la tesis de que la legítima, *per se*, era *pars*

(50) *Ibid.*, § X, nn. 400 y ss., pp. 212 y s.

(51) MATIENZO, loc. cit., gl. 10, 66, p. 82.

(52) Francisco SARMIENTO, *Interpretationem selectarum*, lib. VIII, «*Ex Si cui certam cuml. sequenti [de la Si quis servum tit. De legatis secundo]*», n. 18, vers. *sed haec opinio nihi numquam placuit;* ed. Antverpiæ 1616, p. 147.

(53) Juan YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum differentiarum sesqui-centuria*, dif. 146, 7 a 10; cfr. *Opera omnia*, nova ed. Collomiae Alloverum 1761, p. 384.

hereditatis, justifiquen, en modo alguno la tesis de Peña, sino que, por el contrario, incluso los autores por él invocados muestran que era para ellos impensable y que partían de conceptos y textos romanos.

b) Peña (54) había ya tratado, hace años, el problema de la responsabilidad de los herederos —voluntarios o forzados— en el derecho de Castilla, con un criterio discrepante de la opinión más generalizada y, muy específicamente, de lo expuesto por Gregorio López. Sus argumentos parten, por un lado, de su presupuesto del origen germánico del sistema hereditario castellano, por lo cual estima que lo normal sería la responsabilidad limitada —frente al régimen que arranca de la introducción del sistema romano, en el cual el beneficio de inventario es el medio de evitar la responsabilidad *ultra vires* del heredero—; y, por otro lado, invoca la práctica del *ius commune* restrictiva de los requisitos del inventario (55).

Esta cuestión, en sí misma, es ajena al tema debatido; aunque —de resolverse conforme el criterio de Peña— podría servir a fin de que los legitimarios que no reciben sino su legítima estricta, pero a título de herencia, salvarán su desventaja respecto de quienes la obtuviesen a título singular. Pero lo cierto es que reconoce, el propio Peña, que los autores y la jurisprudencia anterior al Código se habían pronunciado reiteradamente por la responsabilidad *ultra vires* de los legitimarios instituidos herederos tanto por el pago de deudas del causante cuanto incluso por legados (56).

c) En derecho castellano se dio esa diferente responsabilidad, según la legítima se recibiera como heredero o como legatario, y así lo vemos claramente resuelto por varios de sus más ilustres autores.

Rodrigo Suárez, refiriéndose a los supuestos en que un hijo recibiera la legítima por una institución en cosa cierta, en concurrencia con herederos universales, o en que se le dejara en *quota bonorum* y no en *quota hereditatis* —supuestos en los cuales sus efectos prácticos eran los propios de los legados— indica que en ellos el legitimario no responde de las obligaciones contraídas por el causante (57). En cambio, el instituido heredero sólo en su legítima sí que estaba sujeto a las obligaciones contraídas por su padre. Por ello, ni siquiera podía impugnar las enajenaciones que hubiera hecho su padre y causante de

(54) Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, I.N.E.J. 1967, cap. II, pp. 31 y ss.

(55) Cfr. nuestras observaciones, en *Panorama...* II, 231, pp. 483 y s.

(56) PEÑA, nota 25, pp. 856 y s.

(57) Rodrigo SUÁREZ, *Repetitionis Legis «quoniam in prioribus»*, C. de *inoffic testamento, ampl.* VII, nn. 12, 13 y 14; cfr., en *Opera Omnia*, Duaci 1614, pp. 400 y s., donde distingue: «quando filius institutus esset in quota hereditatis quia tunc descendit in ipsum proporcionabiliter obligatio defuncti tamquam in heredem utilium»; «sed sibi filius est institutus in re certa, seu in quota bonorum, secus esset: cum non descendat tunc in ipsum obligatio defuncti, tanquam in heredem (...) cum legitima dicatur deductio aere alieno» (n. 12 in fine); y explica que la responsabilidad por los actos del causante tiene lugar, «quando habet lucrum iure hereditariae successionis: secus si iure particularis legati alias semper legatum censemur relictum animo compensandi» (n. 13, in fine).

los bienes del propio hijo por él administrados, aun cuando, en caso de haberse efectuado el inventario, la responsabilidad por evicción se circunscribiría a cuanto excediera de su legítima, computada con deducción —como parte del pasivo— de la consiguiente obligación de saneamiento (58).

El doctor Luis de Molina Morales (59), en igual sentido, también se refiere a los supuestos en los cuales el hijo no recibe la legítima como heredero; y hace notar que, en ellos, no se le transmiten las acciones que, activa o pasivamente, correspondieron al causante.

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 deudas de su padre», la cual «descubría que en la concepción castellana no sólo que la legítima fuera *pars hereditatis*, sino que *el todo de la herencia* (incluida la mejora de tercio y quinto) era legítima»; por lo cual «la mejora del tercio e incluso del quinto, cuando se hacían como era ordinario a título singular, no tenían la consideración de meros legados», ya que «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)» (60).

En toda esta línea expositiva —que hemos extractado— y en las citas subsiguientes, Peña, reúne expresiones legales y fragmentos textuales de varios autores y los ordena según su propia línea de razonamiento, que no es la de la ley 21 de Toro ni la de sus comentaristas que cita; pues, todos ellos, enmarcan dicha ley en el trasfondo del *ius commune* —con evidentes diferencias de criterio naturalmente— y no en el de un olvidado derecho germánico, al que retorna Peña, para explicarlo todo, pero a contrapelo de la mente de esa ley de Toro y de sus comentaristas.

Para ordenar esas ideas, en las que él entremezcla cuestiones distintas, examinaremos, sucesivamente, el sentido de la ley 21 de Toro, primero, y la naturaleza de las mejoras según las entendieron sus comentaristas.

La ley 21 de Toro dice así: «*Mandamos que el fijo o otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio o quinto de los bienes de su padre, o madre o avuelos, que puedan si quisieren, repudiar la herencia de su padre e madre e avuelos, e aceptar la dicha mejoría. Con tanto que sean primero pagadas las debidas del defuncto, e sacadas por rata de dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de*

(58) *Ibid.*, 11, p. 400.

(59) Luis de MOLINA, *De primigeniorum hispanorum origine ac natura*, lib. IV, cap. I, 27, cfr. ed. Lugdani, 1749, p. 574, también distingue «*quando filius in quota hereditatis institutus est, secus autem quando in quota bonorum seu legitima, tanquam quota bonorum, vel in re certa institutus est dato coherede universali. Cum enim in eo casu iure hereditario non succedit, nec actiones activae, nec passivae in illud pertranseat...*

(60) PEÑA, pp. 858 y s.

tercio e quinto. Lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, o en cierta parte de sus bienes».

Veamos, ante todo, lo que acerca del significado de esta ley dice Palacios Ruvios, «uno de los autores de las leyes de Toro», «de acuerdo» con quién «fueron más los autores de derecho castellano» que opinaron —según destaca Peña, de quien son los entrecomillados—. La lectura de los comentarios a esta ley 21 de Toro, basta para percatarse de que la explican de conformidad con textos de derecho romano y de autores de derecho común, de forma tal que resulta flagelante para cualquier tesis que propugne otra cosa. Una interpretación germanizante, sin duda, les parecería totalmente extravagante para el derecho que ellos vivían, conocían y explicaban (61).

La ley 21 —dice Palacios Ruvios— permite repudiar la herencia y aceptar la mejoría, «en cuyo caso toda cosa prelegada se consigue por derecho de legado (*iure legati*) del coheredero, a quien acrece la porción repudiada de la herencia con su carga del prelegado» (y cita la glosa de Paulo de Castro a la ley *qui filiabus*, y a la l. *filio patre* y sig., ff. *de leg.* I) «a no ser que el testador quisiera otra cosa o quisiese el prelegado como parte de la herencia» (62), o «si el prelegado se hubiese hecho bajo la condición de ser heredero y no en otro caso» (citando la ley *Sed non alias, ff. de legat* I) (63). Asimismo, indica que si el hijo o nieto prelegatario fuera el único heredero, no tenía esa posibilidad, por no haber lugar en ese caso al prelegado, en derecho común, ni en el derecho dimanante de la ley 21 de Toro, pues no cabe mejorar al hijo único, que por tanto recibe el tercio como legítima (64).

La utilidad, en derecho común, de que el hijo aceptara el legado y renunciase la herencia radicaba en que, en ese caso, no respondía de las deudas de la herencia, pues toda *pars bonorum* se entendía «*deducto aere alieno*». Pero, no resultaba así en caso de estimarse, por las palabras expresas del testador o bien por su interpretación, que su intención era la de legar una *pars hereditatis* (65). Ni tampoco se obtenía dicha utilidad, en los fideicomisos de herencia, en los cuales se transmitían las deudas *pro partibus* a los fideicomisarios.

Pues bien, a juicio de Palacios Ruvios, la ley 21 de Toro, para caso de repudiación, hace equivalentes *quota bonorum* y *quota hereditatis* (66). Y, por eso, entiende que el legatario del tercio, al renunciar a la herencia y recibir su legado del heredero o de los herederos, lo obtiene como «fideicomisario universal» —no particular—, y que las diferencias verbales son salvadas tanto si el testador emplea «*nomen bonorum*» como «*nomen hereditatis*», según había entendido Paulo de Castro (67) en el supuesto por él examinado. Pero esta asimilación

(61) Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS: *Glossemata: legum Tauri quas culto de Toro appellat omnibus...*, ley 21; cfr. ed. Salamanca, 1542, fols. 58 y ss.

(62) *Ibid.*, 10, fol. 58 vto.

(63) *Ibid.*, 12, fol. 59.

(64) *Ibid.*, 14.

(65) *Ibid.*, 16, 17 y 18, f. 59 y vto.

(66) *Ibid.*, 18 y 19 vto.

(67) *Ibid.*, 26, fol. 60.

a los herederos, dice expresamente que se circunscribía a la responsabilidad por las deudas de la herencia; pero no a otra cosa, como sería responder de la satisfacción de los legados ordenados con cargo al quinto (68). E, incluso, respecto de la extensión de la ley a las mejoras «en cosa cierta o en cierta parte de sus bienes», señala varios supuestos, planteados en derecho común, en los que Bartolo, interpretando los textos del Digesto que cita, había llegado a idéntica solución que la ley 21 de Toro (69).

Interpolemos que, en ese punto, fueron más restrictivos Azevedo y Del Castillo Sotomayor; pues, entendieron que esta ley 21 sólo se refirió a la mejora de cuota con determinación —para su pago— de cosa cierta, pero no a la mejora dispuesta directamente en cosa cierta (70).

Incluso tratándose de donaciones en concepto de mejora, explica Palacios Ruvios, la aplicación de esa ley tanto si se tratara de una donación *mortis causa*, como de una donación dispuesta *inter vivos* pero en concepto de mejora; ya que, «si a la donación entre vivos se le añadiere algo contra la substancia de las donaciones entre vivos, veremos que no se estaría en donación de la propia especie», conforme la ley *ita donat, ff. de dona causa mortis* y el comentario de Francisco Aretino a la l. *heredes palam § fi., ff. de testa* (71).

Por lo tanto, la opinión de este ilustre jurista, partícipe en la redacción de las leyes de Toro, no contrasta con la explicación que Gregorio López (72) daría de esa ley 21, en el sentido de que su razón, tal vez, estuviese en que, abarcando la legítima de los hijos —como cuantitativamente sucedía— todos los bienes excepto el quinto «podrían aquellos salir perjudicados en su derecho, si el legatario o donatario tuviese su parte libre de gravamen de las deudas, las que bajo este supuesto deberían ser pagadas por los hijos, dado que antes de pagarse la legítima cobran los acreedores». Razón que consideró análoga a la señalada, para diversos supuestos, en decisiones de autores de derecho común, de las cuales cree que no se separa la indicada ley de Toro, como —dice— creyó equívocadamente uno de sus intérpretes (73).

Advirtamos que ninguno de estos autores citados —ni ningún otro

(68) *Ibid.*, 27, 28, fol. 60 vto.

(69) *Ibid.*, 29 y 360.

(70) Alphonso de AZEVEDO, *Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, lib. V, tít. VI, I. V, I, vers. «*La dicha mejora sea en cosa cierta;*» cfr. ed. Lugduni, 1737, vol. III, p. 173; y Juan del CASTILLO SOTOMAYOR, *De coniecturis interpretationis ultimarum voluntatem*, cap. 169, 19, vers. *in altero autem*, cfr. ed. Collomae Allobrogum, 1752, p. 445.

(71) PALACIOS RUVIOS, ley cit., 24 y 25, fol. 60.

(72) Gregorio LÓPEZ, glosa 1.^a a la Partida 6, 9, 2; cfr. en la ed. Barcelona, 1843, vol. III, p. 577, a la que hemos seguido en su traducción de esa glosa y de las otras de que haremos transcripciones.

(73) Pensamos que se refiere a Miguel DE CIFUENTES, *Glosa a las leyes de Toro*, I. 21, 2, ed. Medina del Campo, 1555, fol. 24, vers. «*per quod corrigitur*», aunque sólo se refiere a la l. *si quis servum, § Si cum, y l. s., ff. de legat 2; l. ex facto, einde suo, ff. de her instit; l. si hereditatem, ff. manda, y l. si certum poté, Cod.*

que conozcamos— examinó esta ley —en contra de lo que piensa Peña— fuera del contexto del derecho común. Discutían si corregía o no algunos preceptos o interpretaciones del mismo, o si se adaptaba más o menos a ellos (74). Nunca les pasó por la mente que la razón del cambio fuera debida a que el derecho castellano estuviese en la órbita de la delación legal propia del derecho sucesorio germánico.

I) Veamos, pues, cuál fue la posición de los autores de derecho castellano acerca de si la ley 21 de Toro era o no correctoria de los preceptos del derecho común, y, de serlo, en qué medida. Para mayor claridad voy a esbozar la siguiente clasificación.

1) El doctor Luis de Molina (75) consideró que, según dicha ley, si bien el mejorado renunciante de la herencia estaba frente al heredero obligado a satisfacer las deudas de la herencia a prorrata de su mejora, no podía ser demandado por los acreedores. Esta opinión la basó en su interpretación de las palabras «*como si fueran herederos en la dicha mejoría*», entendiendo que la expresión «como si fueran herederos» quedaba circunscrita por las siguientes palabras, «en la dicha mejoría», o sea en una cuota de bienes —*pars bonorum*— y no de herencia. Por lo cual, rotundamente, concluía: «*ut constat legem illam in hoc non voluisse corriger quae iuris communi statuta erat, sed illus in omnibus sequi*», es decir, que en todo seguía al derecho común.

2) Juan del Castillo Sotomayor (76), también repetiría, «*legem illam non corriger iure communia nec in casu speciali*», y siguió la interpretación del Dr. Molina, excepto en cuanto a las deudas aparecidas mucho tiempo después de dividida la herencia, respecto de las cuales —con apoyo del derecho romano— estimó que los acreedores podían demandar directamente al mejorado repudiante de la herencia.

3) Covarrubias (77), entendía que «*non multum differt veteris iuris Romanorum legibus*», explicando que, según ese derecho, cuando el heredero y un legatario recibieran *pro parte* un legado, ambos se lo dividían una vez que «*aeris alienis solitus fuisse*», o sea después de pagado lo adeudado a *pro rata* de la participación que cada uno recibiera del mismo.

4) Pero, en general, los demás autores entendieron que la expresión «*como si fueran herederos*» permitía a los acreedores accionar directamente contra dichos mejorados, reclamándoles el montante de su responsabilidad, a prorrata del valor de su mejora. Pero no coincidieron en su apreciación de si, en ello, era corregido el derecho común.

(74) PEÑA se guía por la breve referencia a que las distintas posiciones hace IBÁÑEZ DE FARÍA (*Additiones observationes et notae ad libros Variorum Resolutionum* de Covarrubias, ad. lib. II, cap. II, 14, cfr. 5.^a ed. Colloniae Allobrogum, 1728, p. 147), que naturalmente no analiza las razones ni su contexto de las obras que cita ni siquiera su clasificación es correcta ni aun *grosso modo*.

(75) LUIS DE MOLINA, *De primogenitorum* I, X, 14, cers. *Nec obstat*, pág. 98.

(76) DEL CASTILLO SOTOMAYOR, op. y cap. cit., 27 y 29, pp. 439 y s.

(77) DIDACUS COVARRUBIAS a LEIVA, *Variraum ex iure Pontificio et Caesarone Resolutionum*, lib. II, cap. II, 2, *explicat. secundi*; cfr. *Omnia Opera*, Lugduni, 1586, vol. I, p. 263 *in fine y s.*

α) Cifuentes (78) enunció varias leyes romanas que estimaba corregidas por la 21 de Toro. Velázquez de Avendaño (79) la estimó correctoria, en cuanto permitía que los acreedores demandasen a los mejorados a prorrata de su participación en el haber, aunque éstos hubieran repudiado la herencia. Rodrigo Suárez (80) indica «*qua lex [21 Tauri] corrigit in aliquo l. 1, Cod., si cer. peta.*» —es decir sólo «en algo» a ese texto—, que, en cambio, Azevedo (81) entendió que no era corregido por ella.

β) Parladorio (82), aludiendo a los autores que entendían corregido el derecho común por esa ley, les replica: «con nuestra interpretación (83), *quae verissima est*, estas leyes Regias exactamente convienen y cuadran con las leyes del derecho común que disponen sobre parte de bienes, porque, como dijimos, la mejora de tercio y quinto es *pars hereditatis y no pars bonorum*».

γ) Pedro de Peralta (84), Tello Fernández (85), Matienzo (86), Andrés Angulo (87), García de Saavedra (88) entendieron que, en el caso de que el mejorado repudiase la herencia aceptando la mejora, la ley resultaba correctoria del derecho común, según el cual, en los legados de cuota de bienes, si bien «debían deducirse» las deudas que aparecieran después, los acreedores sólo podían reclamarlas de los herederos, aunque éstos luego pudieran exigir la parte correspondiente a dichos legatarios —«*Et in hoc ius commune immutatur*», dice Matienzo, pero en nada más. Por eso, precisa Peralta, la ley *cum autem* no es innovada por la ley 21 de Toro, y sí, únicamente, la ley 1, Cod., *Si cert. petat*. La ratio de que se impusiera esa responsabilidad fue «*ex fraude praessumptione*»; por lo cual, «*ne ex sua repudiatione dolosa utilitatem coptat*», «*quasi lex velit coercere huius modi dolus*»— explica García de Saavedra. Según Gregorio López —como hemos visto— su fin era proteger al hijo heredero no mejorado. En cambio, Tello cree que «*favore creditorum principaliter emanavit haec lex*», si bien reconoce que secundariamente favorecía a los herederos, en tanto obligados por su aceptación, a los acreedores.

δ) En cambio, como ya hemos visto antes (89), Palacis Ruvios concordó esta misma interpretación con el derecho común, aplicando

(78) Cfr. *supra* nota 73.

(79) Ludovico VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, *Legum Taurinarum a Ferdinando et Ioana Hispaniorum regibus... utilissima glossa*, § 21, glos. 1, 9; cfr. ed. Toledo, 1588, p. 45.

(80) Rodrigo SUÁREZ, loc. cit. 8, p. 399.

(81) AZEVEDO, op. y vol. cit. I. V, *Tauri* 21, n. 1, pp. 172 y s.

(82) PARLADORIO, diff. cit., 12, p. 384.

(83) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 53.

(84) Petrus de PERALTA, *Commentaria in titul. ff. de legis secundo*, l. Cum autem 14; cfr. ed. Salamanca, 1563, p. 133.

(85) Tello FERNÁNDEZ, *Constitutionum Tauri, utilis interpretatio*, l. 20, nn. 3 y 4; cfr. ed. Granada, 1566, fols. 174 vto. y s.

(86) MATIENZO, op. cit., lib. 5, tít. 6, l. 5, gloss. II, 3, y gloss. III, fol 150, vto.

(87) A. ANGULO, op. cit. I. 5, gl. 5, 1, fol. 133 vto. gl. 6, fol. 136.

(88) Juan GARCÍA DE SAAVEDRA, *De expensis et meliorationibus, commentarius*, cap. XVI, 8; ed. Amsterdam, 1668, pp. 540 y s.

(89) Cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 67.

una solución de Paulo de Castro, conforme la cual, entendía analógicamente que el mejorado renunciante recibía del heredero su parte como fideicomisario de cuota de herencia, y no como legatario de cuota de bienes. Muy semejante fueron las posiciones de Pedro de Peralta (90) y Antonio Gómez (91).

En el siglo anterior al Código civil, las opiniones se hallaban, más o menos, de igual modo divididas en esta cuestión.

Benito Gutiérrez Fernández (92) señaló que la ley 21 de Toro se separó *en parte* del derecho romano, es decir, en cuanto «deja obligado al mejorado a responder y pagar las deudas correspondientes a su mejora como si fuese heredero», asimilándolo «en el todo, iguala la condición de heredero y mejorado en cuanto uno y otro pueden ser reconvendios directamente por los acreedores para pago de deudas».

Llamas y Molina (93), años antes, había estimado: «Ni es absolutamente contrario a las disposiciones del derecho civil [es decir, el romano] el que los legatarios quedasen directamente obligados a responder a los acreedores hereditarios por las deudas que después aparecieren». En apoyo de ello, cita la ley 22, ff., *de cond ind.*, referente a las deudas aparecidas mucho tiempo después de entregados los legados, que Cuyacio interpretó entendiendo que los acreedores tenían acción útil contra los legatarios; y la 22. *Cod., de iure deliberandi*, que, si el heredero no hubiese recibido sino la cuarta parte de la herencia, da acción a los acreedores contra los legatarios por la parte que proporcionalmente les toque, como igualmente previene la Partida, 6, 6, 7.

A fines del siglo XVIII, Alvarez Posadilla (94) atendiendo a la expresión de que responderán los mejorados «como si fuesen herederos», observaba que, con ella, «da a entender bastante que no lo son», y señaló que la diferencia entre una y otra responsabilidad, consiste en que el heredero, «como le sucede en todo al difunto debe pagar (a no ser que acepte con el beneficio de inventario) todas las deudas, aunque el caudal no alcance: pero el mejorado, como si fuese legatario, aunque deba pagar por esta ley a modo de heredero a prorrata, no es obligado a pagarlas en más y mayor cantidad que lo que alcance la mejora».

Añadamos que, tanto Llamas y Molina (95) como Gutiérrez Fernández (96), entienden que la ley 21 es aplicable a la mejora de cuota con determinación de cosa cierta, pero no a la mejora de cosa cierta propiamente dicha.

(90) PERALTA, loc. cit., *nota*.

(91) Antonio GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, I. XXI, cfr. ed. Salamanca, 1595, fol. 74 vto.

(92) Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, lib. III, cap. V, sec. II, § II, ley 5 (21 de Toro); cfr. ed. Madrid, 1863, vol. III, p. 514.

(93) Sancho LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, ley 21, nn. 14 y ss.; cfr. ed. Madrid, 1833, vol. I, pp. 380 y s.

(94) Juan ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro*, ley XXI, cfr. ed. Madrid, 1796, p. 142.

(95) LLAMAS Y MOLINA, loc. cit.; nn. 23 y s., p. 383.

(96) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 515.

Es, en especial, importante hacer notar que esa regla de la ley 21 sólo era aplicable cuando el mejorado repudiaba la herencia mas no en caso de aceptarla. Así lo mostró Pedro de Peralta (97) —«*solum innovetur per eandem l. 21 quando paelegetarius repudiat institutio-nem: non autem ubi retinet utrumque*» —y, citándole, lo resaltó Angulo (98)— «*legem banc solum procedere in casu quo loquitur: scilicet quando institutus melioratus repudiavit hereditatem, acceptata melioratione: non tamen procedere, quando utrunque acceptavit, nam tunc pro rata solum portionis hereditariae et non pro emolumenti meliorationis cumulo conveniri poterit a creditoribus*»; y «*extra casus legis nullus legatarium quotae bonorum potest pro debitis postea emergentibus a creditoribus convenire*» [lo cual nos parece que no dejaba de tener que matizarse; pues como coheredero aceptante sí podía ser demandado por ellos]; y, en igual sentido, escribió García de Saavedra (99). No obstante, Angulo exceptuaba el caso de que la cosa cierta, en relación al valor de la herencia, resultase exorbitante (100).

Tanto menos aún, por consiguiente, no era, sin duda, aplicable esa ley a quien, no impugnando la institución, recibiere un legado en pago de su legítima, ni tampoco al legitimario instituido en cosa cierta concurriendo con herederos *ex asse*.

II) Queda pues, despojada del argumento dimanante de la ley 21 de Toro, la indicada deducción de Peña en el sentido, que él le da, de 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». Esa frase contiene la afirmación de que legítima y herencia, incluida la mejora, se identificaban en el derecho de Castilla cuando existían herederos forzosos.

Hay en ella varias involucraciones; y, entre las cuales, la de mejora efectiva y el tercio de mejora (101). Vamos, pues, a distinguirlas; y a examinar, primero, si para los clásicos castellanos el tercio de mejora era legítima y en qué sentido.

Diego Castillo (102) ya observó que «*legitima et melioratio tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non sunt idem. Et diversitas no-minem, arguit diversitas effectus*»; y Gaspar Baeza (103), «*quod tertia non sit legitima probatur quod in ea melioratus gravari potest, ut in l. XXVII Tauri*».

Esa no identidad consiste en que la mejora es legítima frente a los extraños, pero no respecto de los hijos, entre sí, ni tampoco a los nietos, aunque éstos no sean herederos forzosos de su abuelo por vivir

(97) PERALTA, loc. cit.

(98) ANGULO, op. cit., y. 5, gl. 7, 2 y 4, f. 135 y vto., gl. 8, 2, fol. 137.

(99) GARCÍA DE SAAVEDRA, loc. cit. En contra se mostró VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, loc. cit.

(100) ANGULO, gl. 8, 3, fol. 136 vto. y s.

(101) Cfr. nuestro estudio *La mejora tácita*, III, 2, c., en An. Ac. Matr. Not., VIII, pp. 20 y ss. o *Estudios de derecho sucesorio*, II, pp. 120 y ss.

(102) Diego CASTILLO, op. cit., l. 21, n. 5, f. 105 vto.

(103) Gaspar BAEZA, *Quo de non meliorantis filiabus dotis ratione lo-quitur*, cap. IX, 553; cfr. ed. Granada, 1566, fol. 57 vto.

su padre. Claramente lo observó Palacios Ruvios, quien señala que, contra la interpretación que Diego Segura hizo del derecho anterior en el sentido de que no podían mejorarse a los nietos viviendo su padre, la ley 18 de Toro resolvió que, incluso en ese caso, pudiera mejorárseles, y también gravar el tercio a favor de nietos o descendientes de ulterior grado (conforme la ley 27), por todo lo cual, «*non est legitima*» (104); y, por ende, «*parentum quibus libere testandi et disponendi de bonis suis quibus vellint filius, nepotibus et posteris descendantibus datur facultas*» (105). Es decir, los padres tenían plena libertad de testar y disponer del tercio a favor de los hijos, nietos o descendientes de ulterior grado, que quisieren favorecer, aunque éstos no fueran herederos forzados.

Por eso, la afirmación de Antonio Gómez (106) de que «*melioratio tertio dicitur legitima respectu filiorum, cum extraneo relinqui non possit*», lleva implícito que, según precisa Tello (107), «*non potest dici legitimam respectu quicunque*», en tanto podía mejorarse a nietos y descendientes de ulterior grado, viviendo el de grado más próximo, hijo o nieto del mejorante y abuelo o padre del mejorado.

De ahí la precisión de Covarrubias (108): «*respectu descendantium non est nec censetur legitima nec quinta nec tertia bonorum pars, in qua melioratio fit*»; y de Azevedo (109): el tercio «*inter filios et descendentes non dicitur nec reputatidur legitima*» y «*didentes esse tertium legitimam nam debet intelligi respecto extraneorum non vero descendantium*».

Veamos, ya, lo que opina Matienzo. Ciertamente, en el texto que cita Peña, leemos: «*Meliorationem tertii, partem esse legitimae, licet non in omnibus sit legitima*» (110). Sí, es parte de la legítima; pero, no en todo es legítima. Veamos, pues, en qué lo es y en qué no lo es. El mismo lo ha dicho antes (111): Es así que no sólo puede mejorarse a los hijos, sino también a los nietos, incluso si el padre que les precede vive, y que, en ese caso, los nietos, no tienen *ius succedendi*: «*est tamem legitima voluntaria respectu patris, potest siquidem eam uni vel alteri ex filiis vel nepotius assignari, eos meliorandi*».

Estamos, pues, en la distinción entre *legítima necesaria* y *legítima voluntaria*, que ya encontramos en Antonio Gómez (112): «*legítima necesaria praecisé debita filius et descendantibus*». Subrayemos «*praecise debita*», es decir *debida* —es la *portio debita*— «*praecisé*», o sea *absolutamente, sin condición*; y «*legítima voluntaria*», «*ut est melioratio tertii bonorum, qua illa potest relinquere nepoti, etiam vivente patri suo*».

(104) PALACIOS RUVIOS, op. cit., ley 18, n. 2, fol. 54 y vto.

(105) *Ibid.*, n. 7, in fine, fol. 55.

(106) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, 23, fol. 88 vto.

(107) TELLO FERNÁNDEZ, op. cit., l. 23, 2 y 3, fol. 187 vto.

(108) COVARRUBIAS, op. cit., lib. I, cap. XIX, 4, cit., p. 249.

(109) AZEVEDO, op. cit. úl. cit., l. 3 (19 *Tauri*), n. 8, p. 160.

(110) MATIENZO, op. cit., l. 7, gl. 2, n. 3 *in fine*, fol. 154.

(111) *Ibid.* l. 2, gl. 3, n. 2, fol. 146.

(112) GÓMEZ, op. últ. cit., l. 18, 1 *in fine*, fol 72 vto.

Distinción que también vemos en Ayerbe de Ayora (113), quien hace equivalentes *legítima larga*, «*quae est in parte voluntaria*», en cuanto al tercio con el que puede mejorarse; y «*legítima mínima, et necessaria omnium filiorum*», fuera (*ultra*) de los cuales no puede disponerse. Y asimismo la vemos en Larrea (114).

Ya en el siglo XVIII, Pedro Nolasco de Llano (115), dice del tercio de mejora que, para los descendientes, «es legítima electiva entre ellos». Pero, en eso, se queda corto, porque no sólo es electiva entre los hijos, sino que con ella pueda mejorarse a los nietos, hijos de hijo vivo —que no son herederos forzosos— como volvió a subrayar Llamas y Molina (116). Por eso, Benito Gutiérrez (117) vuelve a decir —con Covarrubias— que el tercio de mejora «es legítima de los hijos respecto de los extraños, no respecto de los nietos».

En resumen: de la mejora podía disponerse, por testamento o donación, *libremente entre los descendientes* de cualquier grado, y *no se podía disponer a favor de extraños*; la legítima estricta era *debida* por el padre a los hijos por partes iguales, y *sólo a favor de cada uno de ellos, en la parte correspondiente, podía disponer*, por donación o testamento, si bien a título de heredero, conforme exigían las Partidas siguiendo el derecho justiniano.

III) Vista la naturaleza del tercio de mejora, nos corresponde examinar cuál era la *naturaleza de la mejora efectiva*, según la opinión de los autores castellanos.

La palabra «mejora» tenía en derecho de Castilla dos significados: uno *comparativo*, si se efectuaba a algún hijo, en cuanto le favorecía comparativamente con los otros no mejorados; y otro *positivo* o *prelativo*, si se efectuaba a favor de cualquier nieto o descendiente de ulterior grado que no fuese heredero forzoso, por vivir el hijo o descendiente del mejorante de quien nacieron.

En uno u otro supuesto la mejora, *per se*, no se identificaba con ningún título, sino que podía efectuarse por cualquiera: ya fuera de institución, prelegado, legado, donación *inter vivos* o *mortis causa*, fideicomiso e, incluso, sustitución fideicomisaria —como lo era si el hijo, único o no, instituido se le sustituía compendiosa o fideicomisariamente, en cuanto al tercio, por sus descendientes legítimos o por alguno de ellos (supuesto incluido en la ley 27 de Toro).

Ello no impidió que su forma normal fuera la de prelegado; y así Rodrigo Suárez (118) señala, en primer lugar, que «*hodie verbum*

(113) AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, ed. Granada, 1586, pars. III, quaest. XXVI, 88, fol. 153 vers. *Et ut hoc melius percipiatur*, pp. 116, *in fine* y s., y ed. Valladolid, 1623, pars. III, quaest. XXVII, 88, pp. 116 y s.

(114) LARREA, op. cit., disp. XXXVI, 18, p. 307, *in fine* y s.

(115) Pedro NOLASCO DE LLANO, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Goméz*, 3.^o ed. Madrid, 1795, p. 78.

(116) LLAMAS Y MOLINA, op. cit., l. 18, n. 12, p. 338.

(117) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, cap. y § cits., l. 2 (18 de Toro), p. 502.

(118) Rodrigo SUÁREZ, op. cit., *Decl. legis regni*, 6, n. 1, p. 551.

(mejorar) *significat paelegatum, quod patet ex significatione vocabuli*»; pues, «no otra cosa que un prelegado se hace cuando se lega a uno de los herederos, algo más que la porción relictada a los demás coherederos».

Pero también podía otorgarse a título de herencia, y no sólo se admitía así sino que, incluso, se discutía si en caso de emplearse palabras comunes —como *relinquo*, dejo o, simplemente *méjoro*— había de entenderse dispuesta a título de heredero o bien de legado o de prelegado. Ya Díaz de Montalvo (119) preguntó si dicha mejora era institución o prelegado, y si debía distinguirse según se refiriese a cuota o cosa cierta, inclinándose por referirla a «aquel título que mejor sirva a la intención del difunto», señalando que, comúnmente, cuando son instituidos herederos todos los hijos, el mejorado es legatario de cuota de bienes (120).

Peralta (121) distinguió según se mejorase o legase una *quota bonorum* o una *pars hereditatis*, estimando que si se legara una *pars hereditatis* a quien no fuese heredero no cabía duda de que se trataba de un fideicomiso universal que debía satisfacer el heredero. Solución que, hemos visto (122), propuso Palacios Ruvios en el caso de que el hijo mejorado repudiara la herencia, aceptando la mejora.

Es de notar, que no se trataba meramente de una cuestión de nombre, sino que de ella dimanaban importantes efectos, tanto en caso de preterición como en el de imposición de condiciones y gravámenes.

En cuanto a la primera cuestión, Palacios Ruvios (123) sostuvo que si se invalidaba la institución se salvaban las mejoras dispuestas como prelegado o legado, pero no si estaban embebidas en la institución de herederos. Por el contrario, también consideraron convalidadas éstas como legados o fideicomisos, Antonio Gómez (124), Covarruyas (125), Matienzo (126) y el jesuita Luis de Molina (127), en virtud del valor codicilar del *testamentum inter liberos*, o porque en él las disposiciones valían estimándolas del mejor modo posible (128).

Respecto del segundo tema, ya Gregorio López (129) había entendido que, no pudiéndose imponer a un hijo en la institución condicio-

(119) Alonso DÍAZ DE MONTALVO, op. cit., lib. III, tít. V, l. 9, gl. a las palabras «*mejorar a algunos*», fol 127 *a*.

(120) Véase esta cuestión ampliamente estudiada por Rodrigo Suárez, *declarat*, últ. cit., pp. 551 y ss.

(121) Petrus de PERALTA, op. y l. cit., 16 y 17, pp. 134 y ss.

(122) Cfr. *supra* nota 67.

(123) PALACIOS RUVIOS, op. cit., l. 24, nn. 11 y ss., fol. 65 y ss.

(124) Antonio GÓMEZ, op. últ. cit., l. 3, n. 86, f. 18 vto. in fine y 19 y l. 24, n. 3, in fine, ff. 90 vto. y 91.

(125) COVARRUYAS, *In tit. de testamentis interpretandis*, cap. *Raynutius*, 16, § 1, nn. 4 y 8; cfr. *Omnium operum*, glos. IV, pp. 70 y s.

(126) MATIENZO, op. últ. cit. l. 1, gl. 10, n. 59, fol. 81 vto.

(127) Luis de MOLINA, S. I., *De iustitia et iure*, tract. II, disp. 132, 4; cfr. ed. Colloniae Allobrogum, 1733, vol. I, pp. 169 y s.

(128) Cfr. nuestros *Apuntes...* I, § 5.^o, b, texto correspondiente a las notas 166 a 174, cfr. en ADC IV-II- 166 y ss., o separata, pp. 55 y ss.

(129) Gregorio LÓPEZ, glosa a las palabras *non empecen*, de la ley 11, tít. IV, Partida 6 ó 65 de dicho título; cfr. ed. y vol. cit., p. 475.

nes causales o mixtas, éstas resultaban inválidas, incluso en cuanto fuese mejora embebida en la institución, y, en cambio, eran válidas si se ponían a mejoras atribuidas a título de prelegado. Esta solución fue extendida a toda imposición de cargas o gravámenes a las mejoras, por Angulo (130) y Velázquez de Avendaño (131), con idéntica distinción de cuando *«filius fuit institutus in maiore parte quam esset sua legitima»* —dice Angulo— *«et gravamen [Velázquez de Avendaño añade «restitutionis vel substitutionis»] fuit tota institutioni addicatum»*, supuesto en el cual no estimaban válido el gravamen; o, por el contrario, *«si institutio [fili] fuit unica complectens legitimam et excessus fuit relictum titulo particulari [Avendaño añade la precisión de «ut quando filius in tertio melioratus»]; bene poterit in eo filius gravari»*. Claro que la cuestión resultaba meramente teórica, dado el valor codicilar y la validez *omni meliori modo* de las disposiciones de última voluntad, que solía prevenirse en todos los testamentos y que, además, se estimaban implícitas en los testamentos *parentem inter liberos*.

Sólo hemos hallado, a este respecto, la excepción de Parladorio (132), quien entendió que el deber de instituir herederos a los hijos era extensivo al tercio de mejora —aunque, omitía que, en este tercio, sólo era necesario instituir a alguno o algunos de los hijos, pero no a todos, y olvidara también, al razonar así, que podía dejarse a nietos viviendo su padre—. Sin embargo, esta excepción en nada apoya la tesis germanista de Peña, puesto que el abogado vallisoletano precisa? mente parte del deber del padre de instituir herederos a sus hijos. Parladorio ni siquiera pensaba en una delación legal inmediata de la legítima, al modo del *Wartrecht* germánico, como, en el trasfondo de las palabras de éste, Peña imagina encontrar.

Ya tan sólo nos queda, en este punto, volver a poner los ojos en el supuesto de mejoras aceptadas por hijos renunciantes a la herencia, para ver cuál era, en este caso, su naturaleza, atendiendo a que, según la ley 21 de Toro, los mejorados respondían de las deudas *«como si fuesen herederos»*.

Diego Castillo (133) —basándose en que el adverbio *«como»*, *«sicut»*, *«asimila* pero no identifica—, Angulo (134) —estimando que, en ese caso: *«fingitur tamen heredes in odium repudiationis»*, es decir, que se finge que es heredero por prevención contra la repudiación —y sin dar explicación alguna—, también, Díaz de Montalvo (135), Cova-

(130) ANGULO, op. cit., l. 11, gl. 3, n. 3, fol. 214.

(131) VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, op. cit., l. 27, fl. 1, n. 10, fol. 93 vto.

(132) PARLADORIO, op. cit., diff. 146, n. 14, vers. *Hodie igitur*, pp. 384 y s., dice: *«cum omnia paterna Regio iure filiorum sint praeter quincuncem; atque filio institutionis titulo relinqui debeant»*.

(133) Diego CASTILLO, op. cit., l. 21, n. 24, x, fol. 107, *«quasi dicat quod praelegatari non sunt heredes, sed tenetur pro rata ad debita hereditaria, non ista dictio sicut, assimilat; et simile non sunt unus»*.

(134) Andrea ANGULO, l. 5, gl. 7, n. 1, fol. 135.

(135) Alonso DÍAZ DE MONTALVO, loc. ult. cit.

rruvias (136), Antonio Gómez (137), Tello Fernández (138) e incluso Velázquez de Avendaño (139), consideraron que seguían siendo legatarios. El propio Ibáñez de Faria (140) distingue dos momentos: en el primero de los cuales la posición de legatario del mejorado renunciante resulta clara; pues dice que «el heredero antes de entregar bienes hereditarios al mejorado, puede deducir lo adeudado (*como aes alienum*) por propia autoridad; y, en el segundo, es decir, después de la entrega —al entrar en juego la norma de la ley 21 de Toro— puede ser demandado por los acreedores a prorrata de su mejora.

El doctor Luis de Molina (141), además de basarse en que la expresión «*como si fuesen herederos*» está modalizada por las siguientes palabras «*en la dicha mejoría*», o sea no en cuota hereditaria, recalca que el adverbio de modo «*tamquam*» como «*ex propria natura impro prietatem denotat*». Palacios Ruvios (142) y Peralta (143) hemos visto que consideraban fideicomisarios de parte de herencia —*pars hereditatis*, no de *quota bonorum*— a esos mejorados renunciantes lo que explicaba su consideración «*loco heredis*» —como si fuesen herederos— o «*tamquam in heredem utilem*» como afirmaría Rodrigo Suárez (144). No olvidemos que, en el derecho romano, el senado-consulto trebeliano consideró *heredis loco a los fideicomisarios universales* (145). No sabemos si Matienzo (146) se percató de ello, al destacar en la ley 21, «*qua dicit melioratio haberi loco heredis*».

Conforme su singular opinión, y en contra de la que era común, Parladorio (147) consideró al mejorado heredero, en todo y en todo caso; por eso no sólo estimó que los acreedores de la herencia podían demandarle, sino también entendió que podía ejercitar el interdicto «*adipiscendam possessionem bonorum*». Criterio seguido por Hevia Bolaños (148), al afirmar que «es legítimo contradictor para impedir a los herederos la posesión de la herencia el hijo, o nieto mejorado en tercio y quinto de los bienes, en quanto a la mejora pues en ella tiene lugar de heredero, y, como él, obligación de pagar lo que le toca por parte de las deudas del difunto». Ya en el período codificador, según

(136) COVARRUVIAS, *Variarum resolut.*, lib. II, cap. II, p. 263.

(137) Antonio GÓMEZ, op. cit. l. 21, fol. 74 vto.

(138) Tello FERNÁNDEZ, op. cit., l. 21, nn. 3 y 4, fol. 174 vto. y 175, quien comentando la expresión «*como si fuesen herederos*», indica que la identificación con la donación, de modo que se entendiera hecha al heredero, «*eset ridiculum*».

(139) VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, loc. cit., 9 y ss., fol. 44 vto. y s.

(140) IBÁÑEZ DE FARIA, op. cit., l. II, cap. II, 16, p. 147.

(141) Dr. Luis de MOLINA MORALES, op. cit., l. I, cap. X, n. 14, *Nec obstat huic intellectui verba*, pp. 98 y ss.

(142) PALACIOS RUVIOS, op. cit., lex XXI, n. 26, fol. 60.

(143) Petrus de PERALTA, op. y loc. últ. cit.

(144) Rodrigo SUÁREZ, op. cit., ampl. VII, n. 13, p. 400.

(145) Cfr. nuestro *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, sec. II, cap. III, 102, pp. 250 y ss.

(146) MATIENZO, op. cit., l. 5, gl. 4, n. 3, fol. 150 vto.

(147) PARLADORIO, diff. cit., 146, n. 17, p. 385.

(148) Juan de HÉVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, II parte, § 27, n. 6; cfr. ed. Madrid, 1797, p. 173.

Benito Gutiérrez (149): «Esta asimilación lo es en el todo, iguala la condición de heredero y mejorado en cuanto uno y otro pueden ser reconvenidos directamente por los acreedores para el pago de deudas», pero, sin decir nada acerca de la adquisición posesoria.

En cambio, hemos visto ya que Sancho Llamas (150) siguió la posición clásica de entender que la ley 21 tan sólo corrigió las normas del derecho común para el prelegado en el supuesto concreto en ella previsto de repudiar la herencia el mejorado y con el único efecto de hacerle responder, ante los acreedores, «como si fuese heredero», conforme el criterio que, para ciertos casos excepcionales, adoptaron algunos textos romanos, según la interpretación de varios autores de derecho común. Es decir, a su juicio, con esa única particularidad, en el supuesto previsto, seguían siendo legatarios.

5. «Según Roca Sastre, «en el sistema legitimario romano —como es institucionalmente lógico— el desheredado *partem facit ad minuendam legitimam*»; mientras que en las reserva germánica no hace parte». Y en cambio, «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»* (151).

Sin embargo, es de todo punto inexacto entender que esta diferencia dimana de una contraposición jurídica romano-germánica, ni del derecho de Castilla y el *ius commune*. Se trata, ni más ni menos, de dos distintos criterios mantenidos por diversos autores del derecho común y discutidos con respecto a éste. En efecto:

— Expuso, hace años (152), que el romanista franco comptés Claude Chifflet (153) entendió que el hijo a quien, por cualquier razón, no le fuera debida la legítima no hacía número para cómputo de las legítimas individuales y que, por lo tanto, su parte acrecía a los demás y no al heredero. Fundamentó, en especial, este dictamen en que el derecho de acrecer sólo tenía lugar entre los conjuntos, siendo así que el incapaz o el desheredado nunca lo fueron con el heredero y sí lo eran, en cambio, con sus colegitimarios.

— Antonio Gómez (154) apoyaba su opinión, exclusivamente, en textos romanos y en opiniones de autores de derecho común; y tan sólo al final añade «*quod ista quaestio hodie in nostro regne necessario cessat...*».

— Incluso en Cataluña —donde era usual la institución de heredero único y la legítima más corta y cualitativamente más débil que la justi-

(149) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, loc. cit., p. 514.

(150) LLAMAS Y MOLINA, loc. cit., 14 y 15, pp. 380 y s.

(151) PEÑA, p. 861.

(152) Cfr. mi estudio *Las legítimas según Claude Chifflet (1542-1580) jurista del franco-condado de Borgoña en el periodo español*, 7 en A.D.C. XXXVII-III, julio-septiembre 1974, pp. 686 y s., o en *Estudios de Derecho sucesorio*, III, pp. 23 y ss.

(153) Claude CHIFFLET, *Tractatus de portionibus legitimis*, cap. VII; cfr. en el *Thesaurus-Iuris-Romani*, de Everardi Otonis, vol. V, Basilea, 1744, pp. 730 y ss.

(154) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolut*, I, cap. XI, 22, pp. 145 y s.

nianea— Cancer (155) seguía la opinión de aquellos autores de derecho común que se inclinaron por entender que el desheredado no se contaba para calcular la legítima de los demás legitimarios, a quienes su exclusión se la incrementaba en cuantía. Igual criterio siguió Vives y Cebriá (156), apartándose de él Durán y Bas (157) —que estimó la opinión de Maynz (158)—, en virtud de la que Figa Faura (159) ha venido a considerar una nueva recepción, esta vez a través de los románistas modernos muy alejados del *moss italicus* del *ius commune*.

6. «En multitud de cuestiones nuestros autores clásicos suelen acoger las tesis de derecho común que más se convienen con la naturaleza hereditaria de la legítima» (160). Y va enumerando las siguientes:

a) «El hijo a quien se deja en 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». Mientras en derecho castellano, según refiere Gregorio López (P. 6,8,5 gl.), «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.»

Digamos, ante todo, que en la primera afirmación, Peña olvida que en derecho justiniano la legítima debía dejarse a título de heredero y, por ello, por el *favor testamenti* se entendía que la legítima dejaba con palabras comunes —v. gr. *relinquo*— se atribuía a título de heredero (161).

En segundo lugar, el criterio de entender que se deja como heredero lo dispuesto a favor de un hijo por su legítima, dice Gregorio López (162) que es el sostenido por la mayoría de los autores, según dijeron Bartolo, Baldo, Fulgosio, Alexandro de Imola, Decio, etc. Es decir, no hubo la contraposición entre derecho común y derecho castellano que presume nuestro amigo.

b) «¿Corresponde al hijo, para obtener la posesión de los bienes hereditarios, el remedio especial (el *officium iudicis*) previsto a favor de los que sean herederos testamentarios?».

También aquí invoca Peña una glosa de Gregorio López (163). En

(155) Jacobo CÁNCER, *Variarum resolutionum Iuris Cesarii, Pontifici et Municipalis Principatus Cathaloniae*, lib. I, cap. III, 49; cfr. ed. novíssima, Lugduni, 1712, p. 71.

(156) Pedro NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, *Usatges y demás derechos de Cataluña*, lib. VI, tít. V, nota 1; cfr. 2.^a ed., Barcelona, 1862, vol. III, p. 260.

(157) Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, Parte 6, cap. 4, p. 200.

(158) Carlos MAYNZ, *Curso de derecho romano*, § 391, nota 17; cfr. trad. de Pou y Ordinas, Barcelona, 1888, vol. III, p. 417.

(159) Luis FIGA «*Moss italicus* y los juristas catalanes», en An. Ac. Matr. Not., XX, pp. 293 *in fine* y s.

(160) PEÑA, p. 861.

(161) Cfr. nuestro tratado *Las legítimas*, cap. VIII, § 1, 14, vol. II, p. 769.

(162) Cfr. nuestro tratado *Las legítimas*, cap. VIII, § 1, 14, vol. II, p. 769. que es la glos. 25 de dicho tit. 8; ed. y vol. cits., pp. 565 y s.

(163) *Ibid.*, gl. a las palabras *viviendo el heredero*, P. 6, 14, 2, o gl. 2 de dicho tit. 14; ed. y vol. cits., pp. 719 y s.

lo que hace a nuestro tema, el jurista extremeño pregunta: «Qué diremos si el hijo es instituido en la legítima? Baldo quiere que también goce de este beneficio...». En contra de esa opinión, cita las de Alejandro y Decio, de bastante menor peso, pero no habla de cuál fue la común opinión de los autores. En cuanto a la llamada ley de Soria (*Ordenamiento Real* 5, 2, 1, o *Novísima Recopilación* 11, 34, 3), se refiere a un caso de despojo por un tercero y no de un interdicto de adquirir o *adipiscendam possessionem bonorum*, como en su adición a la nota de referencia hacen notar los traductores de esas glosas.

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*, respecto de la acción *ad supplementum*, respecto de la acción de reducción de donaciones. Este régimen de las acciones había que hacer excepción con la *querella inoficiosi testamenti* por causa de desheredación injusta. Para ello según P. 6, 8, 4, regía el plazo de prescripción de los cinco años. Pero Benito Gutiérrez hace notar la disonancia de que un remedio «dirigido a conseguir la herencia» tuviere tan anómalo plazo de prescripción». Añadiendo, en la correspondiente nota, que «Benito Gutiérrez trata, sin embargo, de explicar la anomalía porque dicho «remedio» tiene algo de penal» (164).

Tres breves observaciones requiere este párrafo.

— Gregorio López (165), ciertamente, señala la diferencia de tiempo para la prescripción de la querella de inoficiosidad y de la petición de herencia que tenía el legitimario después de declarado inoficioso el testamento; y lo hace apoyándose en textos romanos y en comentarios de autores del derecho común. No se ocupa, en cambio, en ella de la acción de reducción de donaciones, de la que trata en otro lugar (166), donde la califica de *querellae inofiosae donationis*, queja de donación inoficiosa.

— Su referencia de que la acción de reducción de donaciones prescribía a los treinta años, la apoya Peña en un texto de Azevedo (167), que aplica ese plazo específicamente a su caso, en el cual contemplaba una donación otorgada como dote a la segunda mujer del donante habiendo hijos del primer matrimonio, y basándose en que la dote dada a la madrastra (*vitricus*) no era válida en lo que excediera del quinto. Por lo cual, en tal caso, no se daba el *iuri agendi de donatione inoficiosa* que «prescribatur per quinquenium» —a los cinco años— (naturalmente a contar de la muerte del donante, como advierte Gregorio López, en su citada glosa de la P. 5, 4, 8), mientras que, en el supuesto examinado, al no ser válida por dicho exceso del quinto la dote a la

(164) PEÑA, p. 682 y nota 50.

(165) Gregorio LÓPEZ, gl. a las palabras *que gelo cumpliesen* de la Partida, 6, 8, 5, que es la 24 de dicho tit. 8; ed. y vol. cits., p. 565.

(166) *Ibid.* gl. a las palabras *en ninguna manera* de la Partida 5, 4, 8, que es la 47 de este tit. 4; pp. 50 y s.

(167) AZEVEDO, op. cit. lib., 5, tit. 6, l. 12 (Tauri 27), nn. 11 a 14, p. 202.

madrastra, «*in nostro casu petitur ut legima debita cui petitioni solum praescribitur triginta annis*».

— La frase completa de Benito Gutiérrez (168) aludida por Peña, dice así: «Lo que parece anómalo es el término de los cinco años señalado para la prescripción; pero, este remedio, aunque dirigido a conseguir la herencia, tiene algo de penal y no sería conveniente ampliarla más». Subrayemos, pues, su juicio: «*no sería conveniente ampliarla más*».

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. Pero si los bienes, muerto el causante aumentaban de valor, se cuestionaba si el aumento favorecía también a los legitimarios. La solución que prevaleció es la de la participación en los aumentos de valor».

Aquí Peña me cita dos veces (169), una después del primer punto y otra al final del párrafo en primer lugar citado (170), y explica que en derecho de Castilla la legítima podía abonarse en bienes determinados; con tal de que no fuese con una *res deterior ni sumptuosa* sin que fuera necesario que recayera *minutatim ex singulis rebus*. Fue el mismo criterio del derecho común, contrapuesto al de los regímenes germánicos. En el segundo lugar en que me cita (171), muestro que la legítima *pars bonorum*, no individualizada en bienes concretos, es decir, señalada en una cuota de bienes indivisos, es afectada por las alteraciones de valor de esos bienes producidas después de fallecido el causante. Es decir, que en eso no se diferencia de la legítima *pars hereditatis*. Incluso en Cataluña, ya en el período histórico en que las legítimas eran abonables en dinero a elección del heredero, Fontanella (172) y Cancer (173) entendieron que la estimación debía hacerse conforme al valor que tuvieran los bienes hereditarios en el momento de efectuarse el pago (174).

Es decir, en esto nada hay de particular y nada abona en favor de la tesis germanizante de la delación legal a título de heredero, sino todo lo contrario.

e) «Con apoyo en ciertas doctrinas surgidas en el derecho común, nuestros autores son propicios a entender que, en cuanto *beneficie* a los hijos, los hijos son considerados herederos y la legítima *portio hereditatis*».

La cita más pertinente a esta afirmación que hace Peña (175) es la

(168) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. ed. y vol. cits. lib. III, cap. V, § X, art. 2, ley 4, p. 425.

(169) PEÑA, notas 51 y 52, p. 862.

(170) *Las legítimas*, cap. IV, 6 I, 3 y ss. vol. I pp. 190 y ss.

(171) *Ibid.*, 10, pp. 207 y ss.

(172) Juan Pedro FONTANELLA, *Decisionis Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Desc. 554, nn. 6 y 7; cfr. ed. novissima, Lunduni 1668, vol. II, p. 570.

(173) Jacobo CÁNCER, op. y vol. cits., lib. I, cap. III, nn. 27 y 28, p. 68.

(174) *Las legítimas*, cap. cit., § II, n. 28, pp. 339 y ss.

(175) PEÑA, nota 53, p. 862.

de un texto de Ayllón Lainez (176) que dice: «el hijo se presume heredero si otra cosa no resultare», pero esa presunción «no es la admitida en derecho como prueba (...) cuando el hijo es demandado por los acreedores» ; «mas, cuando actúe como tal, siempre se presume heredero, de no probarse lo contrario». Presunción, está segunda, apoyada en el texto de la *l. in suis, ff. de liberis et posth.*, y en las opiniones de Baldo, Angelo de Perusa, Alejandro, Merlino, Menochio, Mascardus. O sea, todo *ius commune*.

Las citas que hace de Ybáñez de Faría (177) y Covarrubias (178) se refieren a supuestos concretos en los cuales el nudo de la cuestión es la interpretación de si el hijo instituido en cosa cierta por su legítima (que también, como *quota bonorum*, se estimaba cosa cierta) y concuerriendo con instituido *ex asse*, se consideraba como heredero o como legatario. Punto en el cual discreparon de la común opinión, como hemos visto, especialmente Vázquez de Menchaca y Paradorio (179) y, también, según vemos, Ybáñez de Faria. Pero esas discrepancias no son exclusivas del derecho castellano, según acabamos de ver.

f) «Roca sostiene que era algo excesivo entender que estaban legitimados para promover el juicio de testamentaría los legitimarios 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 testamentaría...» (180).

Aquí la falta de matización es notable e importante. ¿A qué tradición romanista se refiere Peña? Tradición romanista no hay otra que la del derecho común, y de ella se aparta la legítima catalana: primero, al permitirse atribuirla en forma de legado; luego al reducir su cuantía a la cuarta parte, en lugar de la justinianea del tercio y la mitad, y, en fin, permitiendo su pago en dinero a elección del heredero (181).

Es decir, la legítima castellana estuvo más próxima a la del *ius commune*, que la catalana. La legítima catalana se apartó de la tradición del derecho común, que seguía la pauta del derecho justiniano, con el deber formal de instituir heredero a los legitimarios; y retornó a la cuarta teodosiana, atribuible en forma de legado y abonable en dinero.

(176) Juan AYLLÓN LAINEZ, *Illustrationes sive additionae eduditissimae ad Varias Raesolutions Antonii Gomezii*, I, I 6; cfr. ed. Venecia, 1747, p. 7.

(177) IBÁÑEZ DE FARIA, op. cit., lib. II, cap. XVIII, n. 92, pp. 305 y s.

(178) COVARRUVIAS, *Variarum Resol.*, lib. II, cap. XVIII, n. 9, pp. 138 y s.

(179) Cfr. *supra*, textos correspondientes a las notas 46 y 53.

(180) PEÑA, p. 863.

(181) Cfr. *Las Legítimas* I, cap. IV, § II, IV, 25, p. 331, 27, p. 338 y cap. V, § II, I, B, 3, d, pp. 494 y s., y *Panorama* vol. I, n. 210, p. 458; 241, p. 531 y 276, p. 607.

C) LA OPINIÓN DE LOS CODIFICADORES

Peña, se fija en que García Goyena señaló que una de las bases preliminares adoptadas por la Comisión General de Codificación fue «la de no innovar lo existente como regla general», y —para aclararlo— pregunta cuál era el derecho existente. Y ahí vuelve a fijarse sólo en unas palabras, para llenarlas de sus ideas preconcebidas. Las palabras de García Goyena en las que él se apoya están en dos frases. En la primera indica que las leyes 17, título 1, y 7, título 11, Partida 6, «copiaron las romanas», y la segunda, adversativa de ésta, dice: «Pero la ley 1, título 5, libro 4 del fuero Juzgo, trasladada a la 9 título 5, libro 3 del Fuero Real, que aclaró la 28 de Toro, 8, título 20, libro 10 Recopilación, habían establecido la legítima de los hijos tal cual ha llegado hasta nosotros a través de tantos siglos, y a pesar del romanismo servil de las Partidas; dicha ley es también notable por las consideraciones de derecho público en ella expresadas, y porque reforma otra antigua que consagraba la absoluta libertad de los padres» (182).

Precisemos, con exactitud, lo que contrapone García Goyena. No es un régimen de libertad de disponer con otro de delación legal forzosa de la herencia, excepto el quinto. Sí que es un régimen de legítima menos larga —de la mitad o un tercio, según el número de hijos— y otro de legítima más larga —de los cuatro quintos con posibilidad de mejorar con un tercio de estos cuatro quintos. Recordemos que según hemos visto antes (183) —el Fuero Juzgo 4, 5, 1, no parece que instaurase un régimen de delación legal forzosa, sino que tan sólo limitó la completa libertad de testar que había instaurado una perdida ley de Emerico (184)—. Y así lo entiende García Goyena, puesto que dice «reforma la F.J.4, 5, 1, otra antigua que consagraba la absoluta libertad de testar». Interpretación en la que insiste en uno de sus apéndices (185), donde explica que, «en aquellos siglos» «la utilidad pública fue la que preponderó en el señalamiento de la legítima, aunque también se hizo mérito de la piedad, u obligación natural de los padres» [obligación que no existiría si la legítima no fuere *portio debita*, sino *parte deferida* legalmente *ipso iure*] ; y concluye: «opino, por tanto, que en la inevitable alternativa de haber de optar entre la absoluta libertad de los padres, según los Fueros, y el señalamiento de la legítima, según las leyes de Castilla, debemos decidirnos por las segundas». Pienso que la cosa queda clara.

Y la ley 28 de Toro no hizo sino aclarar las dudas —suscitadas por

(182) Florencio GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, lib. III, tít. I, cap. VI, sec. I; ed. Madrid, 1852, vol. II, pp. 88 *in fine* y s.

(183) *Supra* 1, párrafo correspondiente a las notas 24 y 25.

(184) Cfr. nuestros *Apuntes...* I, § 2, en A.D.C. IV-II, pp. 430 y s., o separata, pp. 14 y s.

(185) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., apéndice 7, p. 332. En este mismo sentido la entendía Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. y lib. cits., cap. IV, § VI, vol. cit., pp. 292 y s.

dos leyes del Fuero Real—acerca de si el padre podía disponer de dos quintos a favor de extraños, uno en vida y otro en muerte; o bien sólo de uno. Para disiparlas, explicó «que se entienda el platique que por virtud de la una ley y de la otra, no puede mandar el padre ni la madre a ninguno de sus hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida o en muerte» (186). Aquí es donde se inserta la frase de Benito Gutiérrez, de la que Peña (187) transcribe el final saltándose una palabra: «He aquí el origen de la ley 28 de Toro que realizó a la vez dos objetos: desatar aquella dificultad y sancionar la legítima española, sin accordarse siquiera del precedente romano, siempre desatendido en la práctica a despecho de la autoridad del Código de las Partidas» (188). Es decir, tampoco esta cita sirve para la tesis de nuestro contradictor y amigo, pues sólo contrapone las cuantías de la legítima justiniana, de un tercio o la mitad, con la castellana de los cuatro quintos (notemos que de resolverse la duda en el sentido de poderse disponer de un quinto en vida y otro en muerte, la legítima quedaría reducido de hecho a tres quintos).

García Goyena no pone en contraposición ni resuelve sino cuestiones cuantitativas: libertad de testar o libertad limitada por las legítimas largas del derecho de Castilla sin abrir debate acerca de la naturaleza de éstas, sino que las recibe según venían entendiéndose y aplicándose. Y, en cuanto a este derecho, no excluye las Partidas, ni textos romanos, sino que acude a ellos. Así, al comentar el primer artículo que su Proyecto dedica a las legítimas, señala «*sin justa causa*: porque la legítima es debido natural, *debitum naturale*, según la expresión de las leyes 17, título 1; 7, título 11, Partida 6 y la 36, párrafo 2, título 28, libro 3 del Código» (189).

Y, al comentar el artículo 645 del Proyecto —antecedente del actual artículo 814— escribe: «Por derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, libro 3, Código, Novela 115, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: se atendía más al honor del título, que a la realidad de la cosa, o al valor de lo dejado» (190).

Deja, pues, de proponerse que el «heredero forzoso» realmente lo sea y se propugna que quede sólo en legitimario; puesto que su legítima podrá dejársele por cualquier título. Y así fue consumado en el artículo 815 C.C.

Todavía, para contemplar la perspectiva de los codificadores, nos queda la opinión de quién fuera el principal impulsor del Código civil, Ministro de Justicia cuando se promulgó, Alonso Martínez. Oigá-

(186) Cfr. *Apuntes III*, § 5, B, en A.D.C. VII-IV, pp. 1045 y ss., o en separata, pp. 3599 y ss., o en *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. IV, Computación, imputación, colación II, IV, B, Madrid, Montecorvo, 1982, pp. 184 y ss.

(187) PEÑA, p. 863, texto correspondiente a su nota 58.

(188) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, op. y cap. cits., § V, art. 2.º, p. 283.

(189) GARCÍA GOYENA, op. cit., art. 640, p. 92.

(190) *Ibid.* art. 645, p. 96.

mosle: «La Comisión en su deseo de concordia, fue más allá que este proyecto [el de 1851], y ofreció a los representantes de las provincias de régimen foral la siguiente transacción: "El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquél de la otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras". Esta fórmula, propuesta por el distinguido profesor de la Universidad Central señor Comas, tiene muchas y buenas razones para su abono. Conservando el principio fundamental en que descansa nuestro sistema de sucesión, es, sin embargo, una concesión de gran monta hecha a las legislaciones forales y a los partidarios de la libertad de testar» (191).

He aquí la preocupación y lo que se discutía: la cuantía de la legítima. De su naturaleza y de su contenido no se dudaba entonces. Y, en cuanto al título, dejaba de ser necesario atribuirla por el de herencia. Con ello, las opiniones excepcionales de Vázquez de Menchaca, Matienzo, Sarmiento y Parladorio, de que la legítima era *pars hereditatis*, quedaban sin su argumento básico. Heredero forzoso real sólo se es: ya sea por delación legal forzosa, o bien, por el deber impuesto al testador de atribuir la legítima a título de heredero, como ocurría antes de entrar en vigor el Código Civil y contemplaban por encima de toda otra consideración esos cuatro citados autores. La primera manera no existió ni siquiera en el Fuero Juzgo ni en el Fuero Real, ni se le ocurrió a ningún jurista clásico del derecho de Castilla. La segunda no empecía —excepto a juicio de los cuatro autores nombrados— que la legítima, en sí misma, fuera *pars bonorum*, aunque se debiera a título de heredero. Pero hoy —hemos visto ya que a propuesta de García Goyena— puede dejarse por cualquier título. No queda, pues, apoyo alguno —partiendo del mandato de la Ley de bases— para entender que el legitimario es necesariamente heredero, aunque la legítima, al poder dejársele «por cualquier título», también quepa atribuírsela a título de heredero.

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

A) VOCACIÓN LEGAL FORZOSA

Peña se fija en las palabras «heredero forzoso», «parte de la herencia», «parte alícuota de la herencia». No quiere ver ni considerar que el propio Código desmiente en ese punto el significado técnico de las palabras herederos y herencia.

—«*Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular*» (art. 660): Siendo así que: «*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*» (art. 815). Luego, si lo recibe a título particular no es

(191) Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cap. IV, sec. IV; cfr. 2.^a ed., Madrid, 1947, p. 146.

heredero, tal como ha entendido y entiende la inmensa mayoría de los comentaristas del Código y dos nuestros tratadistas (192).

— «*El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*» (art. 768): Siendo así que el cónyuge viudo es calificado entre los herederos forzosos en el artículo 807, n.º 3.º, y que su legítima consiste en una cuota en usufructo, incluido entre las consideradas cosas ciertas (193).

Por tanto, la expresión «herederos forzosos» no es sino una reminiscencia histórica, una denominación tradicional, actualmente sin significado técnico. Se han conservado las palabras; pero han perdido su significado.

«No sería buena técnica interpretativa estimar —dice Peña (194)— que nuestros ilustres codificadores no conocían el alcance doctrinal tradicional de las palabras y que empleaban sin propiedad las palabras "heredero forzoso", "parte de herencia"». Acabamos de ver que entendían muy bien el sentido tradicional de la expresión *herederos forzosos*, pero cambiaron su significado —a partir del proyectado artículo 645, Proy. 1851— en el artíc. 815 C.c. Lo que resulta absurdo es entender que permitiendo dejar la legítima por cualquier título y reduciendo la estricta a un solo tercio, la transformaran, al mismo tiempo, de ser *parte debida* a una *delación legal*. Es decir, que queriendo aproximarla a las legislaciones forales y reducirla, la dotaran de la naturaleza de atribución legal directa, que no tuvo en el Fuero Juzgo, ni en el Fuero Real ni en las Leyes de Toro y que ninguno de los autores de derecho de Castilla —ni siquiera los que estimaban la legítima *pars hereditatis*— contemplaron ni consideraron, ni aún hipotéticamente, su posibilidad.

Peña vuelve a querer aislar el tema de la necesidad de instituir herederos a los legítimarios en derecho castellano, respecto de lo preceptuado en el derecho común, cosa que no intentaron ni siquiera Vázquez de Menchaca ni Parladorio (195). «Ya en el derecho castellano anterior al Código civil, el testamento según la opinión de muchos, era —sigue Peña— totalmente válido, aunque el legitimario no fuera en él instituido, sobre todo si tampoco había institución de herederos a favor de otros» (196). Pero, en ese caso —repitámoslo— los hijos y descendientes, por su grado, eran —conforme la más común opinión— herederos abintestato. Tan sólo en el supuesto de que no aceptaran la herencia intestada, recibirían la legítima como legatarios; pero, entonces, se debería sólo a su propia voluntad, como en el caso de que aceptaren un legado y no ejercitaran la *querella*.

(192) Cfr. nuestro comentario al artículo 815, en *Comentarios al Código civil y ...*, vol. XI, pp. 210, notas 205. Así lo han entendido las SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 23 abril 1932.

(193) Cfr. *Las legítimas*, I, cap. IV, § I, III, 35, pp. 277 y ss.

(194) PEÑA, pp. 864 y ss.

(195) Cfr. *supra* texto correspondiente a las notas 47 a 50 y 53.

(196) Si así se aplicaba la ley única, tít. 19 Ord. de Alcalá en el supuesto de preterición ya lo examiné en *Apuntes*, I, nota 62, A.D.C. IV-II, pp. 437 y ss., o separata, pp. 21 y ss.

Esta cuestión no tiene interés alguno para nuestro tema vista según el criterio de la mayoría de autores puesto que opinaban que la legítima era *per se una pars bonorum* y que, cuando por cualquier razón se recibiese a título diferente del de institución —e incluso por *institución ex re certa*— el legitimario no era heredero. Su interés se circscribe, pues, en ver la opinión de los pocos que la estimaban *pars hereditatis*. Veamos, pues, que opinaron respecto de este supuesto. Según Matienzo no había cuestión, puesto que —ya lo vimos (197)— estimó que, por ficción legal, los herederos legítimos se entendían instituidos en el testamento al que faltase la institución. Para Vázquez de Menchaca, no habiéndose instituido heredero alguno en el testamento, sucedían como herederos abintestato (198). Parladorio distinguió dos supuestos. Este, de faltar institución de heredero: caso en el cual llega a esa misma solución, estimando a los hijos y descendientes herederos intestados —*tunc heredes ab intestato* (199)—, sin que pudieran rescindir el testamento por causa de preterición y teniendo la carga, en virtud de esta ley, de satisfacer —salvada su íntegra legítima— los legados y fideicomisos ordenados en el testamento (200). Y el supuesto de que fuera instituido un extraño y, en ese caso «el testamento, en cuanto a la institución queda irrito, y en lo demás se mantiene firme»; es decir, irrito el testamento —previo el ejercicio de la correspondiente acción— sucedían ab intestato (201).

Nada queda, pues del argumento de Peña a este respecto. Si en el derecho anterior muchas veces el *nomen* significaba poco, pues «se atenía más al honor del título que a la verdad de la cosa» —según hemos visto, dijo García Goyena—, hoy es un nombre vacío que se mantiene por su solera, porque todos nos entendemos con él, aunque vemos que a alguno le confunde por querer darle un significado técnico que ha perdido totalmente, incluso en su expresión legal.

B) CARACTERES DEL LLAMAMIENTO FORZOSO

Peña saca de su tesis esta consecuencia: El Código civil «regula *un especial llamamiento* de herederos (el de herederos forzosos)», diferente del intestado, pues no es supletorio, sino *forzoso*. Incluso enumera las diferencias que observa entre la sucesión intestada y la forzosa (202).

Esta última, pienso que él la fabrica, ordenando, en un sistema puramente mental, las normas limitativas de la voluntad de testar e invalidatorias de cuanto las excede, la sucesión subsidiaria de cuanto

(197) *Supra*, texto correspondiente a la nota 3.

(198) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, § XX, 245, p. 465.

(199) PARLADORIO, op. cit., diff. 198, 26 y 27, p. 390: «*lex quaedam Regia, novissimi iuris, qua statum est, ratum (valedero) esse testamentum sine heredis institutionem factum, ac succedere tunc heredes ab intestato, salvis legatis, et caeteris in testamento contenta*».

(200) *Ibid.*, 28, pp. 390 y ss.

(201) *Ibid.*, 29, p. 391.

(202) PEÑA, pp. 865 y ss.

queda invalidado, y el juego de los complementos y rescisiones, que siguen tal como se daban en el régimen anterior al Código civil y que éste no ha derogado.

En el epígrafe siguiente veremos si esta construcción tiene alguna nueva base —ya que carece de apoyo en el derecho anterior— o si tampoco la tiene hoy.

IV. ¿COMO SE CONJUGA EL LLAMAMIENTO FORZOSO CON LA DICOTOMIA SUCESIÓN TESTAMENTARIA O SUCESIÓN LEGITIMA «AB INTESTATO»?

A) Confiesa Peña: «El artículo 658 C.c. —y los con él concordantes: 609, 1.009 C.c. y 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 aún contra la voluntad del testador: es decir, la forzosa» (203). Pero entiende que 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»... «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».

Hasta aquí estamos de acuerdo e, igualmente, en cuanto a que las normas imperativas reguladoras, del régimen de los herederos forzosos se imponen a la voluntad del causante. Pero en lo que no estamos de acuerdo es en que exista «un llamamiento forzoso» simultáneo al testamentario. Este está limitado, en su eficacia, por las normas imperativas que pueden provocar su invalidez en todo o en parte, cualitativa o cuantitativamente. La sucesión *contra testamento*, en Roma, en el *ius commune* y en el castellano, requería la previa invalidación de la disposición testamentaria y la subsiguiente aplicación de la intestada en cuanto correspondiera al legitimario impugnante —salvo para los remedios específicos, como los del derecho al suplemento, invalidez de gravámenes, reducción de liberalidades (204). Y aquí Peña vuelve a recordar el texto de Antonio Gómez que —como antes (205) hemos visto— no interpreta bien.

Nótese que Peña no se limita a estimar, como Lacruz, que hay tres supuestos de llamamiento forzoso, aunque en cierto modo subsidiarios, en los casos de aplicarse el derecho al complemento, de desheredación injusta y de preterición intencional. A su juicio, se trata de un llamamiento general primario, aunque «pueda quedar eclipsado, cuando, el llamamiento voluntario, o el legal supletorio, va más allá en fa-

(203) PEÑA, p. 868.

(204) Cfr., en síntesis, en nuestros Comentarios a los artículos 813, 815, 817, 819, 820, el vol. XI de los *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, pp. 147 y ss., 231 y ss., 228 y ss., 275 y ss. y 295 y ss.

(205) *Supra*, párrafo correspondiente a nota 30.

vor del llamado, que el llamamiento forzoso». Las diferencias que señala entre la sucesión intestada y la que él construye como forzosa las iremos examinando al tratar el respectivo supuesto concreto.

A su juicio (206), el «carácter forzoso del llamamiento» se hace patente «con toda nitidez y con independencia de cuáles sean los llamamientos testamentarios o legales supletorios», en los casos que, a continuación, enumera y explica:

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.*

Consiguientemente —a su juicio— esa legítima la recibirán a título de heredero. Y, en eso, ya discrepamos (salvo si se da el caso de que el testador les instituyó herederos en el tercio de legítima o en su legítima estricta). Este tema lo estudiamos ya hace muchos años (207). Desaparecido el deber de instituir heredero a los hijos y descendientes, no es necesario acudir al *favor testamenti*, para presumir que el hijo es llamado a título universal (208); y, puesto que su legítima —conforme al art. 818 C. c.— es un activo líquido, es decir, una *pars bonorum*, ésta le corresponde como legado de parte alícuota.

2.º *El legitimario llamado a suceder en sucesión testamentaria o ab intestato, resulta que es indigno para suceder.*

«Está claro —dice Peña— que el llamamiento a estos hijos o descendientes [del hijo indigno] beneficiados [por el art. 761] con la legítima, no es un llamamiento testamentario ni puramente supletorio. Es un caso de llamamiento forzoso, sujeto a reglas propias», en él que «representan al ascendiente excluido aunque esté vivo, lo cual no es posible (...) ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato».

Esta interpretación parte del presupuesto que hemos negado, precisamente por falta de apoyo histórico; y, no teniéndola y habiendo tratado los compiladores de aproximar la legítima castellana a las forales (209) —como se hizo con la exclusión de la necesidad de instituir herederos a los legitimarios, con la reducción de medida de la legítima estricta y consiguiente ampliación de las partes de mejora y de libre disposición—; no puede, en modo alguno, entenderse que crearon una delación forzosa —que, evidentemente, no existía antes del Código civil—, diferente de la intestada recibida *contra tábulas* en caso de invalidarse la institución de herederos, en todo o en parte (210).

Siendo así que no hay delación legal forzosa a favor de los hijos, la indignidad de cualquiera de ellos no puede dar lugar a que sus hijos y descendientes le representen en esa inexistente delación. La inconsecuencia dimana por no distinguir el derecho a percibir la legítima,

(206) PEÑA, pp. 870 ss.

(207) *Apuntes*, I, § 10, en A.D.C. IV-II, pp. 503 y ss., o separata, pp. 87 y ss. y *Las legítimas*, II, cap. VIII, 14, pp. 768 y ss.

(208) Cfr. *supra* los párrafos en que se hallan las notas 190 y 194.

(209) Cfr. *supra* el texto de Alonso Martínez en el párrafo correspondiente a la nota 191.

(210) Cfr. *supra* los párrafos en los que se hallan nuestras notas 30, 47 y 201, referentes a textos de autores en los que Peña ha pretendido apoyarse.

con su protección consecuente, y el derecho *en o sobre* una cuota que sólo se produce efectivamente por una delación intestada (volveremos a esto). El art. 761 sólo dice que los hijos o descendientes del excluido de la herencia por incapacidad, adquirirán «*su derecho a la legítima*». Es decir, le representan en su *status* de legitimario, o sea, en la posición que correspondería al padre o ascendiente indigno de no haber sido declarado tal; y, en modo alguno, significa —como hizo notar la R. 14 agosto 1959— «un llamamiento directo de legitimarios a una cuota de herencia que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho». Ya señaló García Goyena (211) que ese derecho se introducía «por motivos de justicia y humanidad» para no «dañar a un inocente»; es decir, por motivos de piedad, por lo cual no puede entenderse que se les haya atribuido más —cuantitativa ni cualitativamente— de lo que hubiese correspondido padre o ascendiente en caso de no haber sido declarado indigno.

3.^º *El legitimario es preferido* (salvo si tal preterición es no intencional de descendientes).

Peña distingue según se plantee la cuestión antes y después de la ley 13 mayo 1981, para rebatir más a sus anchas la explicación de que la preterición invalida la institución de heredero y queda libre el paso a la sucesión intestada.

a) A su juicio, antes de regir esa ley, ya había llamamiento forzoso, dado que podían darse los casos de no quedar bienes en la herencia —por lo que cree no habría margen a la sucesión intestada— y de que los bienes relictos no cubrieran la legítima; y porque el cónyuge viudo no es llamado como legitimario de igual modo que como heredero abintestato (212).

Dejando para después esta última objeción, volvemos a hallar en las otras dos el rechazo de Peña en ver el múltiple y combinado juego protector de las legítimas, y su empeño en amalgamarlo en ése —por él pretendido— llamamiento legal forzoso. Por otra parte, la vocación intestada no sólo sirve para heredar bienes, sino asimismo para poder reivindicar aquellos de los cuales el causante —fallecido sin patrimonio— hubiese sido injustamente desposeído, así como también para el ejercicio de las acciones de reducción de legados, como heredero o, incluso, como legatario (según recordaremos), que no haya recibido bienes que cubran su legítima. La acción de reducción de donaciones inoficiosas no requiere la calidad de heredero, ni vocación testamentaria ni legal alguna, sino sólo la condición de legitimario, suficiente para demandar la rescisión de las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, por lo cual, en caso no de haber caudal hereditario alguno, el legitimario no necesita impugnar la institución de herederos sino que le basta probar la carencia de bienes hereditarios.

El cónyuge viudo sólo es llamado como heredero abintestato a falta de ascendientes; puesto que no se produce ninguna delación de su cuota legal usufructuaria, a la que tiene derecho en una y otra sucesión,

(211) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 623, p. 74.

(212) PEÑA, p. 871, en rel. p. 866.

sino tan solo la atribución a título singular de un derecho de usufructo —conmutable— de medida variable, según concurra con descendientes o ascendientes, y tanto en la sucesión testada como en la intestada, o bien con herederos testamentarios, colaterales o extraños, como antes hemos recordado (213).

b) Despues de la entrada en vigor de la ley 13 junio 1981, ve «más claro» Peña, que la preterición, salvo la no intencional de descendientes, «no produce la apertura de la sucesión intestada»; pues «no parece adecuado que se abra parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota del preterido intencionalmente». Advirtamos que, por lo menos, sería chocante que, por ese sólo hecho de otorgar menos al preterido, en una reforma en la que redujeron los efectos de la preterición, intencional, su atribución intestada —consecuente a la invalidación de la institución de heredero— se hubiese transformado no en una atribución intestada menor, sino en una delación legal forzosa, forma de atribución que antes no se daba; y que, además, no sería una consecuencia y complemento de la invalidación, sino un preexistente llamamiento directo e inmediato.

Aquí vuelve a repetir Peña (214) el —por mí ya rebatido— argumento de que, en el caso de existir varios herederos forzosos, «si se abriera la sucesión abintestato para la cuota del excluido, concurrirían junto con él los demás herederos forzosos y nunca el excluido lograría su legítima entera».

Sin embargo, él mismo reconoce que la S. 13 julio 1985 «parece entender que sí se produce esa sucesión intestada en parte»; pero —sigue Peña— «lo hace forzada por necesidad de congruencia con la demanda y, sobre todo, para dar una salida de justicia a un recurso mal planteado». Observaciones que no parecen bien fundadas; no sólo porque la sentencia no hace salvedad alguna cuando considera que, al ser invalidado por preterición el testamento, procede la sucesión abintestato del testador, sino porque incluso requiere la «obtención previa de ese derecho mediante el oportuno expediente judicial», y, si bien admite que esa declaración pueda obtenerse en juicio declarativo, dice que ha de ser con adaptación a las exigencias prevenidas en la sec. II del tít. IX del lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil, y, entre ellas, la información testifical, la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal y dictamen de éste, «lo que ha sido omitido en el juicio en cuestión, creando un aspecto impeditivo de pronunciamiento en él de declaración de tal naturaleza», pues «solamente conocida la situación hereditaria, y el alcance, de una persona es cómo puede llegarse a conocer y decidir sobre las consecuencias que ello implique y determine en el ámbito fáctico y por su derivación en lo jurídico».

Es más, el siguiente considerando razona que, «a mayor abundamiento y en definitiva, aún en el supuesto de que se cumpliesen las demás exigencias que el legislador requiere para la declaración de herederos de descendientes en concurrencia con cónyuges, a fines de deter-

(213) Cfr. nota 193.

(214) PEÑA, nota 75 bis.

minación de sus derechos hereditarios y el alcance que los mismos pudieran tener...», habida cuenta de que, aun cuando «según la disposición transitoria 8.^a de la ley 11/1981 de 13 mayo, las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior, también es exacto que la cuestión de preterición objeto de controversia que vino siendo sometida de diversas opiniones, en cuanto a la interpretación del artículo 814 del Código civil, en su anterior redacción», requiere que «salvada aquella omisión de intervención precisa del Ministerio Fiscal», se haga la procedente declaración de «si la preterición aludida genera declaración de heredera única y universal de la precitada...» (es decir, de la preterida), con la limitación de la cuota legal usufructuaria de la viuda, «desplazándola de toda cualidad de heredero independiente de esa cuota en que fue instituida en el testamento controvertido»; «o si, por el contrario, esa preterización sólo ha de alcanzar al ser intencionada a la legítima, señalando ésta que con la nueva normativa, no puede tener más alcance que el prevenido en el caso de desheredación [injusta]», es decir, no más que «lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley», tal como «reconoce actualmente el Código civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 mayo».

Esta sucesión intestada abierta tan sólo a favor del preterido o del desheredado injustamente en la parte que le corresponda —que Peña continúa sin querer entender— la habían concebido perfectamente los juristas romanos, a pesar que, para ello, tuvieron que superar el principio *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, que hoy no rige y, por tanto, no constituye el obstáculo que ellos tuvieron que salvar y salvaron en los supuestos expuestos en Dig. 5, 2, 15, § 2, 24 y 25, § 1, y Cód. 3, 28, 13 (215). Tampoco entre los autores de derecho castellano provocó las dificultades que Peña cree ver; y lo comprendieron bien Gregorio López (216), Antonio Gómez (217), Salgado de Somoza (218) (quien contempló el caso de que un hijo accionara por inoficiosidad del testamento en diversos tribunales, o diese lugar a varias contiendas judiciales, en que produjesen sentencias dispares —favorables y adversas—, de modo tal que sólo en parte resultara heredero —naturalmente *ab intestato* al modo romano— y en parte continuara siéndolo un instituido en testamento que le venció en el pleito), y Ayllón Laínez (219).

4.^º *El legitimario sufre una desheredación que no cumple con las exigencias legales*

Me remito a lo que acabo de decir en el supuesto anterior, respecto del hijo preterido intencionalmente.

(215) Cfr. nuestras *Notas críticas a la pretendida...* 18, en A.D.C., XVIII-I, pp. 68 y ss., o en *Estudios...* cits., vol. III, pp. 137 y s.

(216) Gregorio LÓPEZ, glosa a las palabras *de la herencia*, 7.^a de la ley 1.^º, partida 6, 8; cfr. ed. y vol. cits., p. 562.

(217) Antonio GÓMEZ, *Variae*, lib. I, cap. XI, n. 15, p. 142.

(218) SALGADO DE SOMOZA, op. cit., lib. II, cap. XI, 38; vol. I, pp. 403 *in fine* y s.

(219) AYLLÓN LÁYNEZ, op. cit., II, cap. XVI, 15, p. 69.

5.^o *El legitimario está legalmente desheredado.*

Lo que he observado respecto a la legítima de la prole del hijo declarado indigno, en el supuesto 2.^o, puede darse aquí por reproducido.

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.* Supuesto para el cual el artículo 900 C. c. dice «perderá lo que hubiese dejado el testador salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima». Según Peña (220), «en su caso, la institución de heredero a favor del nombrado albacea queda sin efecto», pero «en cuanto legitimario, mantendrá, en cambio, el llamamiento forzoso» (que él imagina).

En realidad, todo es más sencillo. El renunciante al albaceazgo pierde «lo que le haya dejado el testador» en cuanto excede del montante de su legítima. Si realmente existiera un llamamiento forzoso no sería necesaria la salvedad del «derecho que tuviere a la legítima» y bastaría que dijera «perderá lo que le hubiese dejado el testador».

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.* A juicio de Peña, 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...».

Nunca ha sido así —bastando los remedios recibidos de la tradición de las leyes *Omnimodo*, *Quoniam in prioribus*, *Si quando*, § 2 et generaliter, y *Scimus* (Cod. 3, 28, 30, 32, 35, § 2 y 36)— ni hoy tiene porque serlo. El legitimario, sin necesidad de ser heredero de clase alguna, está legitimado en estos supuestos, como tal legitimario, para ejercitar los remedios precisos para obtener el suplemento, la reducción de mandas y legados, la rescisión de donaciones, las opciones legales o testamentarias que le competan y la rescisión de la partición. Sin que necesite tomar la iniciativa respecto a los gravámenes, condiciones y sustituciones, que se tienen por no puestos (221).

Si fuese cierta la tesis de Peña resultaría que el legitimario preterido, o injustamente desheredado, que renunciase al ejercicio de las respectivas acciones impugnatorias, y que, por tanto, no sería heredero, y hubiese recibido alguna donación o legado insuficientes o con gravámenes, condiciones o sustituciones, no podría ejercitar ninguno de los enunciados remedios, ni tener por no puestas las condiciones, gravámenes o sustituciones. Por cierto que aquí, Peña (222) invoca el clarísimo trabajo de Fuenmayor, *Intangibilidad de la legítima*, donde —como hemos advertido al principio de este trabajo (223)— no se

(220) PEÑA, p. 872.

(221) Cfr., respecto todos estos remedios lo que decimos en *Las legítimas II*, cap. XI, pp. 997 a 1181, y *Panorama...*, vol. I, sec. III, cap. III, § III, nn. 282 a 302, pp. 615 a 657.

(222) PEÑA, nota 80, p. 872.

(223) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 9.

refiere a delación legal alguna a favor del legitimario, sino a un conjunto de prohibiciones y de garantías en favor de los legitimarios.

8.^o *El legitimario a quien el testador asigna un legado imputable a la legítima, no renuncia a la herencia.* He ahí su versión particular del tema referido en el artículo 815 C. c. (224) y uno de sus caballos de batalla principales.

Es curioso el razonamiento de nuestro amigo, que parte —dice— de la finalidad y antecedentes de este artículo: «En el artículo 815 se trata, como demuestran los comentarios de García Goyena sobre el artículo correspondiente del Proyecto de 1851 (el 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» ... «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 satisface la legítima, con un legado —*sucesión a título particular*—, y que el legitimario, que pretendiera hacer valer sus derechos, no le quedara, entonces, otra opción que aceptar el legado».

Confieso que estas afirmaciones me chocan. ¿Qué precedentes existen de un llamamiento del legitimario como *heredero* forzoso? Hemos visto, creo que sin lugar a duda alguna —por lo menos yo no la tengo—, que jamás ha habido en el derecho general de Castilla —no hablo de los fueros locales— llamamiento legal alguno del legitimario como heredero forzoso. Si al legitimario se le calificaba de heredero forzoso era porque se le consideraba preterido si la legítima no se le dejaba como heredero y, por ello, se invalidaba la institución testamentaria de heredero. Desde el momento en que dejó de requerirse que el legitimario fuera necesariamente heredero y pudo dejársele la legítima por cualquier título, se aclaró que, en ese caso, «sólo podrá pedir el complemento de esa» [la legítima].

Este es el sentido que le dio García Goyena (225). Y así lo entendieron, sin excepción alguna, todos los primeros comentaristas del Código civil: Manresa, Navarro Amandi, Bofarull, López R. Gómez, Scaevela, Bonel, Sánchez Román, Falcón, Burón (226), y, después, De Diego, De Buen, Castán Tobeñas, etc., etc. (227).

Pero Peña —después de afirmar que, en el derecho de las Partidas, el legitimario a quien no se le hubiera designado heredero y sí dejado un legado, además de la opción de quebrantar el testamento o aceptar el legado, tenía una tercera posibilidad de: «Recibir el legado y hacer la protesta de que le queda a salvo la acción de quebrantar el testamento: en tal caso, según comenta Gregorio López, persistirá el legado y además —de acuerdo con los criterios de derecho común— conservara la acción para quebrantar el testamento»— insiste: «Lo que se quiso

(224) PEÑA, pp. 872 y ss.

(225) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 645, p. 96.

(226) Cfr. los textos pertinentes, en *Notas críticas*, notas 242 a 250, en A.D.C. XVIII-I, pp. 90 y ss., o en *Estudios...*, vol. III, pp. 167 y ss.

(227) Cfr. *Las legítimas*, I, cap. VI, § I, III, nota 35, p. 575.

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 de heredero forzoso, pues el testador no puede transmutar 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 el derecho común y en las Partidas— al legitimario a quien se hacía un legado, de renunciar al legado sin dejar de ser legitimario» (228).

Es preciso también aquí deslindar cuestiones que a Peña se le entremezclan o, por lo menos, lo parece al exponerlas juntas.

Es muy cierto que la Partida 6, 8, 5, en su apartado 2.^o dice: «*Mas si aquella parte la dexasse en el testamento non como e heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar tal testamento*». Pero, es así porque falta la institución del hijo, necesaria conforme la Novela 115, cap. 3 y 4, tal como glosa Gregorio López (229).

También es verdad que, en sus dos siguientes apartados, dice esa ley: «*E esto se entiende, si el hijo, non recibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiesse, e non lo protestasse diciendo, que la fincasse en saluo la querella que auia de tal testamento, non podría despues quebrantarlo*». O sea, que podía el hijo recibir la manda protestando que se reservaba el ejercicio de la querella. Mas si la ejercitaba y su impugnación prosperaba, invalidándose la institución de heredero, aunque se mantuvieran las mandas y legados dispuestos en el testamento, no se aplicaba esa regla a las dispuestas a favor del impugnante que consiguió la invalidez de la institución, según el criterio iniciado en la glosa de Martín Syllimanus y que, impuesto por las razones de Bartolo —sería absurdo que el preterido o desheredado tuviera más que el instituido— y de Baldo —si el testador legó *animo minuendi*, lo dejado para disminuir la porción no debe incrementarla—, se erigió en común opinión, seguida, entre otros autores, por Paulo de Castro, Jasón, Pedro de Ancharrano (230). Palacios Ruvios la aplicó al derecho de Castilla, para estimar válidas las mejoras de tercio o quinto hechas a título de legado a favor de quien no hubiese impugnado el testamento e invalidadas las que favorecieran al impugnante (231).

Es decir, aun cuando pudiese aceptarse el legado reservándose el ejercicio de la querella, en el caso de que ésta triunfara, lo legado al impugnante quedaba invalidado. O sea, no podía recibirse ese legado además de la cuota hereditaria *ab intestato* correspondiente al invalidarse la institución testamentaria.

Por otra parte, la posibilidad de optar por renunciar al legado y ejercitar la querella, derivaba como consecuencia de la preterición, dimanante de no haberse instituido heredero al legitimario. De modo

(228) PEÑA, pp. 873 *in fine* y s.

(229) Gregorio LÓPEZ gl. a las palabras *podría quebrantar*, gl. 26 a dicho tít. VII, ed. y vol. cits., p. 566.

(230) Cfr. *Cautelas de opción...* I, A, a, β, en *Estudios de...* III, pp. 284 y ss.

(231) PALACIOS RUVIOS, op. cit., ley 24, n. 15, aps. 2.^o y s., fol. 65 vto.

tal que, desaparecida la necesidad de dejar la legítima a título de heredero para la validez de la institución, ya no cabe ese ejercicio, sin perjuicio de que las demás acciones que competan al legitimario puedan utilizarse, si se da su respectivo supuesto. No hay duda de que el legitimario no deja de serlo por aceptar el legado; pero no tiene opción ni acción alguna para ser heredero; puesto que no tiene derecho a serlo ni lo es si el testador no le instituye, puesto que no está llamado *ex lege* a título de heredero, sino únicamente es legitimario-legatario, protegido por las correspondientes acciones, entre las cuales no se hallan —en ese supuesto— las de preterición ni de desheredación injusta.

«Hoy —añade aún Peña— el que por ley es heredero forzoso puede "renunciar la herencia y aceptar el legado o renunciar éste y aceptar aquélla" (cfr. art. 980), o aceptar la herencia y el legado (hipótesis de la que parte el art. 815)». Estas tres afirmaciones las apoya en el presupuesto inexistente de la, por él imaginada, delación forzosa de una cuota de herencia, que —hemos visto— no se producía en el derecho que el Código debió recoger y, menos aún, se da en éste que no pretendió germanizar la legítima sino, por el contrario, aproximarla a la de las regiones forales (232).

Al legitimario no instituido al que se otorga un legado no se le ofrecen, pues, acumulativa ni alternativamente un llamamiento a la herencia y la atribución del legado, sino únicamente éste en satisfacción de la legítima, sin perjuicio de los demás derechos que, como legitimario, le correspondan para completar su legítima, sea en cuanto a su *quale* —ineficacia de cargas, condiciones y sustituciones (art. 813, § 2, u opción del art. 820, n. 3)— o a su *quantum* —acciones de supplemento (art. 815), reducción de legados (arts. 817 y 820), rescisión de donaciones (arts. 636, 654 y 820), impugnación de actos simulados por el causante que la perjudiquen (art. 813, § 1.º). Esto explica la supresión, en el artículo 815, del adverbio «sólo» que contenía el artículo 645 Proy. 1851; si bien cree Peña tuvo otro sentido: «Nótese —dice— que en el artículo 815 C. c. ha desaparecido el adverbio sólo («sólo podrá pedir el complemento») contenido en el correspondiente artículo (art. 645) del Proyecto de 1851». No lo entendió así ninguno de los primeros comentaristas del Código, ni después ninguno de sus grandes tratadistas (233). Ni pudieron entenderlo así, puesto que ninguno de ellos imaginó una delación legal forzosa como cauce de la legítima. A su juicio: si había preterición o desheredación injusta se invalidaba en todo o en parte la institución testamentaria; si no las había, el legitimario-legatario disponía de los remedios precisos para recibir íntegra y sin gravámenes, condiciones y sustituciones su legítima, y nada más, puesto que había desaparecido la necesidad de instituir heredero a los descendientes legitimarios para la validez de la institución testamentaria. ¡Ni menos, ni más!

(232) Cfr. *supra*, el texto de Alonso Martínez correspondiente a nuestra nota 191.

(233) Cfr. *supra* citas a las que me remito en las notas 226 y 227.

A continuación (234), sintetiza Peña lo que, a su juicio, es la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el artículo 815, y cita las SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, ya examinadas por Fuenmayor, en su estudio *Acumulación a favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria* (235), y que también yo examiné en 1948, colacionando además la sentencia —posterior al artículo de Fuenmayor— de 3 junio 1947 (236).

De las deducciones que efectúa Peña debemos fijarnos en especial, por no parecernos correctas, en las siguientes: «2.º) No obstante el legado sigue vigente el llamamiento forzoso del legitimario a una porción de 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» ... «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 C. c. (S. 21 febrero 1900).

Como ya hice notar, en el lugar que acabo de referir:

— Las SS. 16 enero 1895, 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, contemplaron supuestos en los cuales el respectivo testador había instituido herederos voluntarios y otorgado legados a legitimarios; y si éstos invocaron el artículo 815, no fue con el objeto de resolver si el legado debía acumularse a la legítima o bien sustituirla hasta el alcance de su cuantía —lo cual ni siquiera discutieron—, sino porque, en los tres casos, parecía evidente la voluntad del testador que no se acumularan; por lo cual, y ante la insuficiencia del legado para cubrir la legítima, se dio aplicación a los artículos 815 y 817.

— Y, en cambio, las SS. 21 febrero 1900 y 3 junio 1947 se ocuparon concretamente del problema de la acumulación, o no, de un legado a la legítima, en sendos supuestos de legados otorgados, respectivamente, a una hija natural y a la esposa del testador, que fue cónyuge viudo de éste (notemos que se trataba de legítima *paris valoris*

(234) PEÑA, pp. 874 y ss.

(235) FUENMAYOR, op. cit., VI, R.G.L. y J., 179, enero 1946, pp. 76 y ss.

(236) *Imputación de legados otorgados a favor del legitimario*, XI, en R.D.P., XXXII, abril 1948, pp. 345 y ss. Este estudio lo recogimos en *Estudios de... IV*, pp. 13 y ss., rectificado —conforme explico en la advertencia preliminar (p. 9)—, pues cuando apareció, en 1948, todavía no había yo calado hasta el fondo en la naturaleza normativa de carácter limitativo, o de freno, de las legítimas en nuestro sistema sucesorio, y aún pensaba en que cuando el causante disponía a favor de los legitimarios se producía una coexistencia de sendos llamamientos, determinando la propia ley, la preferencia del llamamiento voluntario en cuanto respetara la cuantía y la calidad legalmente requeridas, produciéndose así lo que denominábamos una superposición relativa. Nuestra profundización, dos años después —en la parte I de nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*— en el sentido negativo de limitación de facultad de disponer que nuestras legítimas significan, nos obligó a rectificar los epígrafes III, IV y V, especialmente, de ese primer estudio (el epígrafe XI, dedicado en la jurisprudencia se halla, en ese vol. IV, en las pp. 103 y ss.).

bonorum, la de los hijos naturales entonces, y de cuota de usufructo, la del cónyuge viudo). Ambos fallos dieron lugar a su acumulación. El de la primera porque «cuando la voluntad del testador no se manifiesta claramente en tal sentido, el artículo 815 no impide, y el 1.037 expresamente sanciona (237), que se acumulen con lo que corresponda a su herencia forzosa lo voluntariamente dejado en testamento, lo cual se ajusta a la sentencia de 16 enero 1895, porque si bien en ella se limitó el derecho de una hija natural, a quien el testador dejó una manda inferior a la legítima, a pedir el complemento de ella, hay que tener presente que en aquel caso fueron instituidos herederos voluntarios y, por lo tanto, con toda claridad resultaba la voluntad del testador de reducir al importe de dicha manda la participación de la hija en los bienes de su herencia, y, de conformidad con los artículos 813, 814 y 1.037, procedía únicamente completar la legítima, respetando la clara testamentificación en cuanto lo consienten los preceptos legales». Y la sentencia de 1947, después de reproducir estas mismas consideraciones, añade que esa doctrina «resulta perfectamente aplicable al caso de autos, en que el testador no solamente no expresó claramente su voluntad de mermar la legítima de su viuda, sino que existen, por lo que ha quedado expuesto, elementos bastantes para inducir lo contrario...» (238).

En suma, de la *ratio decidendi* de todas estas sentencias queda claro que si la voluntad del testador es la de que el legitimario no sea efectivamente sino legatario, no será otra cosa, sin perjuicio de su derecho a complementar lo recibido hasta cubrir su legítima (sin que juegue, ni falta hace, esa —inexistente en el Código civil— delación legal o forzosa a título de heredero); y únicamente podrá reclamar acumulativamente el legado y el contenido de su legítima cuando así resulte, expresa o tácitamente, de la voluntad del testador. Una y otra posibilidad, previstas y aceptadas por el Tribunal Supremo, contradicen, pues, la tesis de Peña. Y es natural que así sea, puesto que ni la ley confiere al legitimario derecho a exigir más de cuanto por legítima le corresponda ni —en el caso examinado— el testador quiere que perciba mayor porción de sus bienes.

Peña añade otra sentencia posterior a las contempladas en los trabajos de Fuenmayor y mí, la de 11 enero 1950, que —ciertamente en un

(237) Cfr. nuestra crítica a esta invocación del artículo 1.037 C.c. en el trabajo citado en la nota anterior, *Estudios...* IV, pp. 105 *in fine* y ss., en rel. pp. 77 y ss.

(238) Hago constar que inicialmente consideré que era efectuada directamente por la ley la atribución —a título singular— de la cuota legal usufructuaría (R.D.P., últ. cit., pp. 343 y ss.); pero, como hice notar al recoger ese trabajo en mis *Estudios...* IV (nota 127, pp. 101 y ss.), al convencerme de que la naturaleza del llamamiento legal a la legítima vital es, como en las demás legítimas, subsidiario (*Las legítimas*, cap. VIII, § I, 8, vol. II, pp. 756 y ss.), acepté la opinión de mi compañero Manuel de la CÁMARA (*Estudios sobre pago de la legítima en metálico*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1961, pp. 584 y 588, en especial nota 385), rectifiqué la opinión favorable a la acumulación y me decidí por la imputación del legado a esa cuota, siempre que la solución contraria no pueda deducirse del tenor del testamento (cfr. *Las legítimas*, cap. IX, § 1, 26, pp. 855 y s.).

obiter dictum— dice 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 de legado». Se trataba de decidir si el cónyuge viudo debía participar en el pago de los gastos comunes de la partición —en aquel caso del juicio de testamentaría (239)— y así lo resolvió la sentencia, atendiendo a la naturaleza de legado de parte alícuota que corresponde al de la parte de libre disposición dispuesto por el testador a favor de su esposa.

Reitera tenazmente, una vez más, Peña (240): «El legitimario continúa siendo llamado como heredero forzoso a una porción hereditaria. El mismo artículo 815 C. c. (y también el 817) presuponen que, con independencia de la voluntad del testador, el legitimario sigue teniendo por ley derecho a la legítima [lo que es muy cierto] en concepto de *heredero forzoso* [lo cual venimos viendo que no es así, como no sea nominalmente]». Y señala como distintas posibilidades que tiene el legitimario favorecido por un legado:

«a) El legitimario renuncia a la herencia y acepta el legado. Entonces sólo tendrá facultades de legatario». Pero, es de aclarar que el favorecido sólo por un legado imputable a la legítima no tiene porqué renunciar a la herencia, ni puede hacerlo puesto que no tiene derecho alguno a ella. No tiene sino el de reclamar cuanto le corresponda para completar su legítima en cantidad y calidad.

«b) El legitimario renuncia al legado y acepta la herencia (la legítima). Se producen entonces los peculiares efectos del llamamiento forzoso, en relación con los bienes hereditarios». Pero, como hemos visto repetidamente, esto nada tiene que ver con nuestra realidad. Si ese legitimario no instituido heredero renuncia al legado, no puede aceptar otra cosa, puesto que la legítima se le atribuye por este legado que no acepta; y no hay llamamiento forzoso de heredero.

«c) El legitimario acepta la herencia y el legado». Pero, esto sólo le es posible si corresponde a la voluntad del testador; pues, si de la voluntad de éste, según el tenor del testamento, resulta que no le atribuye cuota hereditaria alguna, el legitimario no tiene llamamiento hereditario que aceptar, y de aceptar el legado en satisfacción de la legítima, sólo le cabe pedir el complemento que, en su caso, le corresponda. Así, como hemos visto, lo ha reiterado el Tribunal Supremo. Y lo demás que Peña añade al enunciado transcritto me parecen puras lucubraciones sobre presupuestos inexistentes.

En el supuesto indicado en el último párrafo de este epígrafe, de legado que puede sin efecto por transformación, enajenación o pereci-

(239) En uno de sus considerandos, esta S. 11 enero 1950, dice de la cuota vidual que aun cuando, la viuda, «por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 C.c. su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la de un genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad, por deudas hereditarias, pero es indudable que su identidad por razón de gastos comunes de la partición...».

(240) PEÑA, p. 875 y s.

miento de la cosa legada (art. 869), resta vigente, sin embargo, su valor de reconocimiento de la legítima (241).

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

A) INDICACIONES GENERALES

Partiendo de que el nombre de heredero hace la cosa —aunque, como hemos visto, su aplicación a los llamados «herederos forzados» sólo es una reminiscencia histórica (242)—, el *nomen* para Peña (243), como en el originario derecho romano, determina su contenido. Podríamos, por tanto, dar por inútil seguir analizando las consecuencias que deduce de ese presupuesto. Pero el seguirle en ellas puede resultar como una piedra de toque de su tesis, atendiendo a las consecuencias de que ella resulten. Por sus frutos la conoceremos mejor.

1. Consecuencias *no patrimoniales*. Peña (244) asigna a los denominados herederos forzados las mismas que a los voluntarios. Por ello no entra en la cuestión de si ciertas facultades no corresponden propiamente a los herederos sino a determinados familiares del finado (245).

2. Consecuencias *patrimoniales*. Según dice Peña (246), el legitimario, como heredero forzoso (en el sentido que él asigna a esta expresión, por encima de toda realidad que no sea ese nombre), «como cualquier otro heredero pasa a sustituir, *compartidamente* con los demás herederos, la titularidad del patrimonio hereditario en cuanto *unidad abstracta* de bienes de la herencia». Por tanto, a su juicio, se produce esa cotitularidad, incluso cuando les sea satisfecha íntegramente su legítima con legado o donaciones sin haberseles designado herederos, o cuando se cubriera con una institución *ex re certa*.

En eso llega mucho más lejos de lo que, en el régimen anterior, llegaban quienes —basándose en la necesidad de atribuir la legítima a título de heredero para la validez de la institución testamentaria, exigencia que hoy ya no se da— consideraban que los hijos y descendientes siempre eran herederos. En efecto, si bien lo creía así Vázquez de Menchaca, dado el *ius ad crescendi* que competía al instituido en cosa cierta si no llegaban a heredar los instituidos *ex asse* y habida cuenta de la facultad de impugnar el testamento correspondiente al preterido y al desheredado, en cambio, él mismo, reconocía que una vez renunciada la acción de impugnación, y aceptado el legado en satisfacción de la legítima, no era ya sino legatario (246). Pensamos que esto sería

(241) Cfr. *La legítimas I*, cap. VI, § II, n.º 9, nota 75 y párrafo *También equivale*, p. 608 y n.º 13, β, pp. 614 y s.

(242) PEÑA, p. 876.

(243) *Supra*, III, A.

(244) PEÑA, pp. 876 y s.

(245) Cfr. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, 27; pp. 249 y ss.

(246) Cfr. *supra* texto correspondiente a las notas 49 y 50.

también el legitimario instituido *ex certa re* cuando el *heres ex asse* aceptara la herencia.

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

Peña (247) distingue los bienes que integran el haber hereditario tanto para los herederos voluntarios como para los forzosos, y aquellos otros que sólo lo incrementan para estos últimos. Es decir, llama haber hereditario de los herederos forzosos a la masa contable formada, a efectos de cálculo de sus legítimas, por la suma de *relictum* y *donatum*. Pero, propiamente, los bienes donados no forman parte de la herencia ni del haber hereditario; puesto que no retornan realmente a la herencia del donante, sino tan sólo se suman a ella para conocer el montante de las legítimas; y, pese a computarse, a ese efecto, en ellos no tienen los legitimarios derecho sucesorio alguno, sino tan sólo —en caso de darse su supuesto— la acción de rescisión por inoficiosidad.

En relación a las deudas, dice que «la posición del legitimario es la misma que la de cualquier otro heredero, como sucesor universal que es, sucede al causante en las deudas (cfr. arts. 659, 660, 661 C.c.). Está, pues, pasivamente legitimado en las reclamaciones de los acreedores» (248). E invoca que el Tribunal Supremo «supone en sus sentencias que los herederos forzosos responden de las deudas hereditarias como los demás herederos».

He examinado las sentencias que Peña cita (249), y en todas, sin excepción, se trataba de verdaderos herederos, testamentarios o abintestato, aunque además fueran herederos forzosos en el significado usual de esa expresión. Es decir, en ninguna de ellas se examina el supuesto referido a legitimarios que no fueran herederos testamentarios ni abintestato.

En cambio, la S. 4 julio 1906 con referencia al cónyuge viudo —y no en un nuevo *obiter dictum*, como cree Peña— declaró no infringidos los artículos 661 y 1.084 C.c., por no ser aplicables a todos los legitimarios, sino «tan sólo a los herederos forzosos universales, que son los que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, y a quienes únicamente alcanzan las responsabilidades que impone el artículo 1.084 del mismo cuerpo legal; pero de ningún modo a los que son llamados singularmente al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, como el cónyuge superviviente...».

Y la S. 12 enero 1920, como verdadera *ratio decidendi*, consideró que «el precepto establecido en el artículo 668 del Código civil, y en general cuantos se refieren en el mismo cuerpo legal a la sucesión testada, no otra cosa denotan sino que lejos de supeditarse al ritualismo

(247) PEÑA, pp. 878 y s.

(248) *Ibid.*, pp. 879 y ss.

(249) PEÑA, se remite a su nota, 25 p. 857, en la que cita las SS. 5 diciembre 1872, 25 junio 1884, 9 abril 1887, 29 octubre 1888 y 31 diciembre 1891.

de nuestro antiguo derecho y al que informaban las instituciones romanas, hoy puede el testador disponer de sus bienes, en todo o en parte, lo mismo a título de herencia que a título de legado, dependiendo por consecuencia la situación de los que adquieren como sucesores universales o singulares, no de distinciones doctrinarias, a veces de puro nombre, sino de lo que de acuerdo con la realidad y la justicia se acomode a la verdad y a las leyes, con tal que se vea clara y expresa o por lógica interpretación se deduzca la voluntad de transferir a una persona determinada los bienes de que se dispone, con las inherentes responsabilidades o limitaciones establecidas por el testador, la ley o los derechos preexistentes a favor de otras personalidades».

Notemos que, en su supuesto, el testador había legado el tercio de libre disposición a su viuda, mejorado a sus nietos —que fueron los demandantes— e instituido herederos a su viuda y a su única hija, madre de los nietos mejorados, en el remanente de sus bienes y en la proporción y alcance del Código civil (remanente constituido por la legítima estricta de su hija, y por el montante de la legítima vital). Advierte el T. S. que, si bien «por regla general la viuda que sólo recibe su cuota vitalicia y el legado que le fuere dejado en el testamento, no reúne el carácter de heredera para el efecto de ser demandada por razón de deudas existentes contra la herencia, la recurrente no puede ampararse en esta doctrina, puesto que según declara la sentencia se encargó al fallecimiento de su esposo de la administración de los bienes de la herencia que todavía no está liquidada»; por lo cual estimó que «se evidencia la imposibilidad de que los hijos de la hija del testador demanden a su madre, que sólo hereda la legítima estricta, que la ley no autoriza que se merme y grave en forma alguna, y, en cambio, han podido reclamarla a la sucesora en la parte de libre disposición, única que puede ser gravada; mucho más tratándose de una heredera que, según afirma la Sala sentenciadora, posee y administra la casa afecta a la hipoteca constituida en garantía del crédito reclamado».

En una nota (250), pregunta Peña ¿cómo responden de las deudas los legitimarios que han recibido, en concepto de legítima, bienes por un título singular?

Hemos visto que la S. 10 enero 1920 vino a considerar a la designada heredera únicamente en su legítima estricta, como si fuese mera asignataria de una cuota de bienes líquida —es decir de una *pars bonorum* y no de una *pars hereditatis*— a pesar de la palabra heredero empleada en el Código civil y utilizada por la testadora.

Nuestro amigo, después de referirse a la opinión de Morell y Terry y a mi exposición de la doctrina acerca de la responsabilidad del mejorado que renuncie a la herencia y acepte la mejora (251), se inclina por

(250) Nota, 87, pp. 879 y ss.

(251) Tema del que me he ocupado en *Imputación de legados a..., V*, R.D.P. 1948, pp. 328 y ss., o *Estudios*, IV, pp. 56 y ss.; en *La mejora tácita* V, 40, A.A.M.N. VIII, pp. 45 y ss., o *Estudios* IV, pp. 151 y ss., y en *Comentarios*, artículo 833, pp. 435 y ss. De la responsabilidad del legitimario que recibe su legítima estricta a título singular ya me ocupé en *Apuntes*, II, § 6, F, A.D.C., V-III, pp. 906 y ss., o separata, pp. 298 y ss.; y en *Las legítimas*, vol I, cap. IV, § I, 9, pp. 207 y ss.

concluir: «que los legitimarios, no obstante haber recibido bienes (por título singular) *en concepto de legítima*, pueden renunciar a su carácter de heredero (cfr. arts. 833 y 890) [lo cual no es posible ni necesario sino en caso de ser instituido en el testamento o corresponderles por sucesión intestada, pues, no cabe renunciar a lo que no se es llamado]. Entonces, en cuanto a esos bienes, el legitimario, será considerado, *respecto a los acreedores* [¿porqué *considerados* y porque *respecto a los acreedores*, puesto que —dice— *lo es* sin distingos?], como extraño [¿porqué *como extraño*? y no simplemente como legatario no heredero] que sea adquirente a título singular...». En los demás casos: «Si no rige el beneficio de inventario —dice en el texto (252)—, responden *ultra vires* como los demás herederos (cfr. arts. 1.003 y 1.084 C.c.)».

Así tenemos un resultado que no sólo contradice la doctrina del Tribunal Supremo —que hemos expuesto— sino que está en contra de la naturaleza de las cosas como viene a indicar el antes transcrita primer considerando de la S. 10 enero 1920— y que es injusto. ¿Cómo a unos legatarios de cosa cierta o de cantidad, o que sólo deban recibir del heredero una cuota líquida, y que no se inmiscuyan en la posesión y administración de la herencia, se les va a imponer, para que no respondan sino como tales legatarios, que recurran al beneficio de inventario, que debe hacerse de todo el activo y pasivo de la herencia, con citación de los acreedores y legatarios y con los requisitos exigidos en los artículos 1.013 y ss. C.c., con las dificultades consecuentes y soportando los gastos consiguientes?

C) COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 818 C. c. CON EL CARÁCTER DE HEREDERO LEGITIMARIO

Peña (253) dice que la *ratio* de este artículo simplemente fue «determinar qué legados y donaciones eran inoficiosos» y «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 hubiera sido instituido como tal *en la parte de libre disposición*, ni priva, tampoco de carácter de heredero al que por ley lo es con carácter forzoso».

Distingamos: Es verdad que el artículo 818 sirve para determinar la oficiosidad o inoficiosidad de legados y donaciones y que no priva de la condición de heredero «al que hubiera sido instituido como tal». Pero —repito— la ley no instituye herederos forzosos, sino que únicamente les confiere derecho a percibir, por el título que sea, su legítima— que, en caso de haber más de un descendiente, es la estricta. Por tanto, pudiéndose satisfacer la legítima por cualquier título, le basta al causante dejar al legitimario ese mínimo, ya sea en bienes concretos, por donación, legado o institución en cosa cierta, o bien como *pars bonorum*, es decir, como legado de parte alícuota o sea de cuota de bienes líquida. Y de ese último modo debe entenderse atribuida la legítima de aquel de

(252) PEÑA, p. 879, párrafo final.

(253) *Ibid.*, p. 881.

los hijos, descendiente o ascendiente legitimarios a quien exclusivamente se le deja o reconozca lo que en dicho concepto le corresponda, cuando al testador instituya a otro u otros herederos universales.

Aclarado esto, quedan dos precisiones por hacer.

Una, referente al derecho de Castilla. Es muy cierto que globalmente la legítima era *toda la herencia excepto el quinto*. Pero, de una parte, cada legitimario de por sí, no tenía legalmente otro derecho sino el de exigir la *pars bonorum* correspondiente a su legítima corta, aunque debía dejársele a título de heredero; y, de otra, renunciada por él la acción de impugnación y aceptado el legado de cosa o de cuota de bienes, no podía reclamar sino el complemento de esa *portio bonorum* líquida (254) y, del mismo modo que el mejorado en cosa cierta o en cuota de bienes, se estimaba como legatario (255) si no le era otorgada a título de heredero.

La otra precisión se refiere a los supuestos en los cuales, *contra tabulas* por preterición —salvo de ser no intencional de hijos o descendientes— o por desheredación injusta, o bien *praeter tabulas* —en virtud del derecho de los descendientes de hijo premuerto no preterido (art. 814,3), del heredero justamente desheredado (art. 857) o declarado indigno (art. 761)— se tiene derecho a la legítima estricta. A mi juicio, en esos casos se recibe como *quota bonorum*, es decir, a título singular; pues, en ellos, la sucesión intestada se abre tan sólo de una cuota de bienes y no de herencia. Notemos que la sucesión *ab intestato* no sólo se puede abrir respecto de toda o parte de la herencia sino también respecto de los bienes de que el causante no hubiere dispuesto (art. 912, 2.º, ap. final) —válidamente se entiende (art. 912, 1.º, inc. 2.º)—. Por eso, el capítulo correspondiente de mi *Panorama* (256) lo titulo *Las atribuciones intestadas*, y no *La sucesión intestada*, y señalo varios supuestos en los cuales esa atribución se produce a título singular, y otros en los que tiene lugar atribuyendo el carácter de fiduciario o el de sustituto fideicomisario. La cual ocurre tanto en el Código civil como en la Compilación catalana.

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

La cuestión que aquí plantea Peña (257) la predetermina con su presupuesto —equivocado, según venimos comprobando— de que el legitimario es heredero por delación forzosa dispuesta por la ley. Pero, el derecho a la legítima estricta —no unido a una institución testamentaria de heredero o a un llamamiento intestado a toda la herencia o a una cuota hereditaria— se concreta, como acabamos de ver, a una

(254) Cfr. *supra* II, B, 3, a, y II, B, 4, d.

(255) Cfr. *supra*, II, B, 4, a, III.

(256) *Panorama...*, I, sec. IV, cap. IV, 198, pp. 1086 y ss.

(257) PEÑA, pp. 882 y s.

cuota líquida de bienes, que, por lo tanto, en ese caso, no puede recibirse a título de herencia, sino como legitimario a través de la reducción de donaciones inoficiosas. No se trata, pues, de que no haya herencia porque no quede activo relicto, sino tan sólo que, en ese caso, no cabe legítima que sea *pars hereditatis*, aunque sí *pars bonorum*, en cuanto lo recibido a título de donación y a la parte reducible por inoficiosidad de lo donado a otras personas.

Primer supuesto: La legítima está enteramente cubierta con la imputación de donaciones. Peña cree que es análogo al de la colación, prevista en el artículo 1.035 C. c.

Pero, olvida que la colación sólo tiene lugar entre herederos forzosos de la misma clase y que efectivamente lo sean, ya sea porque estén instituidos herederos o porque lo sean *ab intestato* (258). Tanto es así que quienes renuncien a la herencia no tienen que colacionar, sin perjuicio de las reducciones por inoficiosidad a que haya lugar (artículo 1.036).

En cambio la imputación a la legítima de las donaciones no las lleva a la masa partible, sino a la meramente contable que constituye la *masa de cálculo* de ésta; y, tan sólo en cuanto resulten inoficiosas integra su valor la *masa de extracción* de la legítima efectiva, que es cuota de bienes (259) y no de herencia.

Segundo supuesto: La legítima está enteramente cubierta con el ejercicio de la acción de reducción de donaciones. Mi amigo sienta que «el carácter de heredero (de legitimarlo), es en primer lugar, presupuesto, para el ejercicio de la acción de reducción». ¡Volvemos siempre al mismo equívoco entre legitimario y heredero!

Con la tesis de Peña, coherentemente aplicada, el legitimario no instituido heredero que cubra su legítima por donaciones recibidas tendría que renunciar a la herencia o aceptarla a beneficio de inventario para no responder ilimitada y solidariamente de las deudas del causante. Pero como no podría renunciar a la herencia para estar legitimado para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, tendría que acogerse al beneficio de inventario a fin de no responder ilimitada y solidariamente de dichas deudas. Es algo que también nos parece va en contra de la naturaleza de las cosas, y que resulta en perjuicio de esos legitimarios a quienes se quiere llenárseles la boca proclamándoles que son herederos sin serlo realmente.

(258) Cfr. *Apuntes...* III, § 14, A, b, 2.^o, 3.^o y 5.^o, en A.D.C. VIII-II, pp. 407 y ss. y 411 y ss., o separata, pp. 571 y ss., y 575 y ss., o en *Estudios*, IV, pp. 498 ss., y 503 y ss.

(259) Cfr. *Apuntes* III, § 13, A, en A.D.C., VIII-II, pp. 375 ss. o separata, pp. 539 y ss., o *Estudios* IV, pp. 451 y ss.; y *Panorama* II, sec. IX, cap. IV, 381, pp. 829 y ss.

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

Dice Peña (260): «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 (cfr. art. 660 Código civil) y resulta que —contra lo que debería esperarse de los codificadores— habría omitido la figura del legitimario».

Llama la atención que Peña —quien demuestra su capacidad constructiva al fabricar mentalmente una concepción de la legítima apoyada en frases sueltas de los textos clásicos y con la literalidad de la denominación *herederos forzosos*, en contra de lo que pensaban los autores de aquellos textos, de lo que era la legítima castellana, de lo que se pretendió fuera la del Código civil y de lo que resulta del contenido de sus textos leídos sin el perjuicio de esa denominación que ya no es sino la reminiscencia histórica de otra cosa (necesidad de instituir heredero para la validez de la institución testamentaria, y no delación legal directa)— no advierta que la figura del legitimario no se halla en la dicotomía heredero-legatario, sino en otro plano diferente, como titular del derecho a obtener un activo de bienes líquido, que puede recibir *por cualquier título* (herencia, legado, donación *inter vivos* o *mortis causa* o sucesión intestada *praeter* o *contra tabulas*, como antes hemos visto) (261).

Es en esa tesitura que pregunta: «O es que cabe renunciar la herencia y aceptar la legítima». Ya lo hemos visto: no cabe si la legítima se deja a título de heredero; sí cabe en caso de dejarse la legítima a título de legado o de donación y, además, el mismo legitimario es designado heredero.

Y prosigue con esta objeción: «si la legítima no implica, por sí, sucesión en las deudas y en ningún precepto se impone al testador que nombre heredero al legitimario» ... «instituirle heredero significa *imponerle* la sucesión en las deudas», siendo así que «el testador no puede imponer sobre la legítima *gravamen* de ninguna especie, como no sea lo que por naturaleza implique la condición de legitimario».

Cualquier jurista práctico está bien percatado de que entre un heredero y un legatario, aunque éste lo sea de parte alícuota, existen otras diferencias que la responsabilidad directa, solidaria y *ultra vires* por las deudas hereditarias. No es lo mismo deber entregar o tener que recibir un legado, y esa diferencia justifica aquella otra. Ser continuador de las relaciones activas y pasivas del causante reporta ventajas e inconvenientes; tener derecho a recibir bienes concretos y una cuota de bienes ya liquidada sin poder inmiscuirse por propia autoridad en

(260) PEÑA, pp. 884 y s.

(261) Cfr. *supra*, II, C y IV, C 8.º, al comentar el art. 815.

ellos, también ofrece ventajas e inconvenientes con relación a la posición del heredero. Si el causante puede satisfacer la legítima de uno u otro de esos modos, en ninguno de ellos se impone al legitimario gravamen alguno que no sea inherente al respectivo título por el cual puede serle atribuida —«*por cualquier título*» dice el art. 815 y puede satisfacérsele sin merma alguna tanto con una *pars hereditatis*, siempre que la diferencia entre activo y pasivo cubra el haber legitimario calculado conforme determina el artículo 818, como con una *pars bonorum*, líquida que también lo cubra.

Aún entiende Peña que en favor de su tesis aboga que, de no considerarse como heredero al legitimario, se producen cuatro lagunas, respecto de las cuales hace otras tantas preguntas. Sin embargo, en mi larga práctica nunca las he notado. La pregunta cuarta está ya contestada (262); y de la tercera hablaremos al llegar al tema del juicio de testamentaria. La posición del legitimario en el régimen de la venta de herencia o del retracto de coherederos, dependerá de cuál sea su título y de la individualización o no de su derecho (del mismo modo que, una vez efectuada la partición, los herederos ya no pueden ejercitar el retracto de coherederos), y sin perjuicios del retracto que como comuneros puede corresponderles por su cuota indivisa de bienes aún no siendo herederos. En fin, en cuanto a la pregunta de si cabe designarles contadores partidores, la solución dimana de la específica *ratio* de la prohibición impuesta a los herederos, que no es otra que la incompatibilidad entre ser partidor y parte; por lo cual, es obvio que no podrá serlo nunca el legitimario en una partición en la cual deban computarse las legítimas para juzgar de la oficiosidad o inoficiosidad de las disposiciones testamentarias y de las liberalidades efectuadas por el causante.

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

A) INDICACIÓN GENERAL

«Los autores que no parten de que el legitimario es heredero forzoso —aduce Peña (263)— 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».

Mi perspectiva del derecho no me permite reducirlo a unas coordenadas lineales de normas legales simplistas y de conceptos dogmáticos. Es algo más complejo, como lo es la vida, como todo lo que resulta de la experiencia acumulada y recogida a través de historia. El derecho «es historia», le he oído decir varias veces a Rafael Núñez Lagos.

(262) *Supra*, IV, C, 8, párrafos siguientes al que concluye con la nota 232.

(263) PEÑA, p. 885 y s.

Es historia viva de hechos jurídicos y de juicios acerca de su bondad, justicia, equidad y utilidad, en constante revisión; en cuya producción las normas tienen una función semejante a la que tienen las reglas del arte en la realización de la obra artística (264) y los conceptos una función ordenadora pero no creadora. Y en esta experiencia acumulada radica la perfectibilidad progresiva que se observa en la obra de los jurisconsultos romanos, de los autores del *ius commune* y en la labor de los grandes juristas castellanos de los siglos XVI y XVII, operando todos en contacto práctico con la vida.

Esa experiencia atesorada creo que los juristas hemos de tratar de comprenderla y si es posible mejorarla —como hicieron aquellos jurisconsultos— con el fin de captar el orden que llevan ínsito en relación con las cambiantes circunstancias, y no pretender reducirla a nuestros preconceptos mentales, disecándola. Lo cual siempre es empobecedor.

Es decir, no se trata de someter la vida jurídica a nuestras ideas, imponiéndole la coherencia mental propia, a todo con nuestra capacidad respectiva, sino, por el contrario, de lo que debemos tratar es de abrir nuestra mente a aquella realidad y procurar entenderla tal cual ella es.

Sólo esto es comprender; lo otro es querer someter la realidad a nuestra voluntad o reducirla a nuestra capacidad, empequeñeciéndola en uno u otro caso.

B) EL SISTEMA DE ACCIONES QUE PROTEGEN AL HEREDERO FORZOSO

Cree Peña (265) que el régimen del Código civil —naturalmente según él lo concibe y reduce— «es más sencillo y más justo y práctico». Pienso que afortunadamente el régimen del Código civil es más rico, matizado, justo, adecuado y útil que el pretendido por nuestro amigo, en su interpretación, a la cual —además de faltarle apoyo por no corresponder su sistema al de nuestro Código, ni al castellano en el que se basa— ya le hemos encontrado varias secuencias que, para mi visión de viejo jurista práctico, resultan rígidas, poco adecuadas a la naturaleza de las cosas y en definitiva poco justas. Pero, vamos a continuar siguiéndole su intento de construcción.

El sistema de acciones protectoras de las legítimas no ha sido un capricho —ningún capricho arraiga en la historia—, ni una amalgama informe, sino que ha resultado de la misma naturaleza de las cosas.

No es lo mismo reclamar una legítima reconocida en un testamento, que tener necesidad de impugnarlo, sea por causa de preterición o bien por desheredación injusta. Tenemos ya, pues, tres distintas acciones, con diferentes supuestos de hecho.

Tampoco es igual que un legitimario reclame el complemento de la legítima al heredero o a sus coherederos ,o bien que deba cubrirla

(264) La imagen es de Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II^a-II^ae, 57, 1, *ad. 2.*

(265) PEÑA, p. 886.

mediante la acción de reducción de legados o por la reducción de donaciones. Tenemos otras tres acciones, también con diferente legitimación pasiva y con diversos presupuestos.

Asimismo, es diferente la posición de aquel legitimario a quien se le han impuesto legados o gravámenes de cantidad, cuya reducción deberá pedir —pues su cuantía deberá calcularse y fijarse— y la de aquél otro a quien le han sido impuestos gravámenes cualitativos (sustituciones, prohibiciones, condiciones), que le basta, simplemente, considerarlos por no puestos en cuanto afecten a su legítima —como había dispuesto la ley. *Quoniam in prioribus*—, bastando excepcionar esa ineeficacia a quien reclame la efectividad del gravamen.

Ni es lo mismo instar el juicio de testamentaría como legitimario a título de heredero o de legatario de parte alícuota, que ejercitar la acción de rescisión de la partición hecha por el testador que lesione la legítima del reclamante, o exigir la entrega del legado *pro legítima*, con su suplemento, en su caso.

En fin, incluso la reclamación del suplemento de legítima, varía según la atribución incompleta se haya efectuado por uno u otro título. Diferencia ya observada por Vázquez de Menchaca (266), quien enunció que debía efectuarse de la misma forma y naturaleza que la atribución que había de complementarse; por lo cual, debía utilizarse, según los casos, la *actio petitio hereditatis*, la *actio ex testamento* o la *conductio ex lege Omnimido*. Hoy ocurre otro tanto, según se haya efectuado la atribución insuficiente a título de heredero, en partición efectuada por el testador o por el contador partidor, en institución de cosa cierta, en legado de cosa cierta o de parte alícuota o en compensación dineraria (267).

Aparte de la diferencia de nombres, la realidad de las cosas en el derecho poco ha variado en esa perspectiva general.

1. La reclamación del legitimario cuando afecte a bienes hereditarios propiamente dichos.

«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», afirma Peña, quien pregunta y responde así a esta pregunta que, él mismo, formula (268). «¿Qué característica tiene esta ineeficacia?».

a) «En primer lugar, se trata de una ineeficacia que la ley establece sólo en protección del heredero *forzoso*...» «Cuando proceda será presupuesto necesario de la efectividad de la reclamación de la legítima la petición de nulidad, *total* o *parcial*, de una disposición testamentaria en cuanto contraría el llamamiento *forzoso* del legitimario...».

Lo cual no se consecuente con la naturaleza que él ha dicho tiene la legítima como vocación legal *forzosa*; pues, siendo así, debería

(266) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y pars. cits. § X, 516 y ss., pp. 233 y ss.

(267) Cfr. lo que dije en *Las Legítimas*, II, cap. XI, § I, 7, pp. 1014 y ss., o en *Panorama del...* I, nn. 287 y 288, pp. 624 y ss., y II, n. 324, p. 678.

(268) Ibid, pp. 886 y ss.

bastar al legitimario hacer valer su propio derecho, sin necesidad de impugnar aquello que sería papel mojado, para un legitimario que arancara su título directamente de la ley. Pero, ocurre que de no saltarse aquí la lógica, esa tesis de Peña resultaría en franca contradicción con todos los preceptos del Código civil, que él mismo cita (arts. 814; 813, 815, 817 y ss., 824, 831, 863, 2, 877, 882, 1037, 1038, 1056, 1070, 1.^º, 1075 y 851 C. c.) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es más, sin óbice de que la acción de reclamación de la herencia forzosa fuera renunciable —como admite Peña—, no dejaría de resultar una aporía que un llamamiento legal forzoso a una cuota de herencia pudiera compatibilizarse con un llamamiento testamentario a la misma cuota que sería eficaz en virtud de aquella renuncia. Este llamamiento testamentario sería subsidiario respecto de la sucesión forzosa, al contrario de lo que ocurre con la sucesión intestada. Creo que, de ser así, por lo menos, haría falta una previsión de aquella subsidiariedad que, no la hay, a diferencia de la clara asignación de carácter subsidiario a la sucesión intestada, respecto de la testamentaría, que señala el artículo 913 C. c.

«b) Se trata de una ineeficacia *ipso iure*; desde el principio el llamamiento voluntario no produjo efectos *frente* al llamamiento forzoso (cfr. 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, *total* o parcial, de la disposición testamentaria, en cuanto está en contradicción con el llamamiento forzoso, cuya fuerza preferente arranca de la ley desde la apertura misma de la sucesión».

Afirmaciones perfectamente coherentes con su presupuesto básico, pero que se contradicen con su anterior consideración de ser necesaria la previa —«presupuesto necesario», ha dicho— «petición de la nulidad total o parcial de una disposición testamentaria». ¿Por qué pedir esa declaración de nulidad si el llamamiento legal no es subsidiario de dicha nulidad, sino que ésta resulta en cuanto se opone a esa delación legal? Por lo menos, en los supuestos de preterición intencional y desheredación sin indicación de causa legal en que se apoye, esa ineeficacia *ipso iure* no casa con los arts. 814 y 851 y, en especial, con toda la doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros que los han desarrollado (269). Si existiera la delación forzosa *ex lege* de la cuota legitimaria, bastaría reclamarla por ese título, pidiendo que se tuvieran por no ordenadas las disposiciones testamentarias que no la respetaran; pues, ella de por sí, implicaría la invalidez de tales disposiciones, y no sería necesario, como por el contrario lo es, comenzar por impugnarlas. Y, por esto, no se puede acudir al juicio de testamentaría mientras no se obtenga la invalidación, sea de la institución de herederos en la parte que afecte el preterido, de la desheredación injusta o de la partición efectuada por el testador

(269) Cfr. *Las legítimas*, cap. X, § I, 8 y ss., pp. 913 y ss., y § II, 9, pp. 973 y ss.; *Comentarios a art. 814*, VI, y ss., pp. 185 y ss., y art. 851, III y ss., pp. 543 y ss., y *Panorama...* II, sec. VI, 323, pp. 673 y ss.

en perjuicio de las legítimas. Así, respecto de este último supuesto, con referencia a la cláusula testamentaria que la ordenaba, el 2º considerando de la S. 17 octubre 1960, dijo que «ha de ser forzoso reputarla válida mientras no se obtenga aquella declaración [de ineeficacia o nulidad], en el oportuno juicio declarativo».

Su cita del artículo 763, 2, C. c. no favorece su tesis, puesto que permite al causante disponer, incluso de la legítima estricta, con tal de que lo haga en favor de los legitimarios (270).

«La posibilidad de pedir la prevalencia del llamamiento forzoso dura lo que la *petitio hereditatis*, es decir, lo que la facultad de hacer valer el título o cualidad de heredero».

Esto, de ser así, implicaría que el Código civil —que según la Ley de bases, debió seguir el castellano vigente y aplicado y, en cierto modo, aproximarse a las legislaciones forales, según hemos leído a Alonso Martínez— se habría apartado silenciosamente en sentido contrario del derecho vigente en Castilla hasta su promulgación.

Es muy lógico que las acciones impugnatorias de testamentos —que de triunfar significarán su invalidación aunque sólo sea parcial y un consecuente trastocamiento de lo que en documento público parece y se presume válido— tengan un plazo de duración bastante menor que las directas reclamaciones de los legitimarios derechos. Esto explica porqué la querella de *inoficiosidad* y la acción de suplemento siempre hayan tenido plazos de prescripción tan dispares.

2. *La reclamación por el legitimario cuando afecta a bienes que a la muerte del causante no eran ya de éste.* El desarrollo que de esta cuestión hace Peña (271) no nos parece que choque nada con la interpretación tradicional de los artículos 636 y ss. C. c. Incluso admite la naturaleza rescisoria —«aunque especial»— de la acción para reclamar la reducción de las donaciones inoficiosas, y admite que caduca a los cuatro años, conforme el artículo 1.299 C. c., a contar de la muerte del causante, a tenor del artículo 1.969 C. c.

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

Dedica Peña a esta cuestión varias páginas (272). De ellas, para la que tratamos interesa lo que dice con referencia a la facultad de promover el juicio de testamentaría. Y, aunque los artículos 1.038, 4, y 1.039 L. E. C. la atribuyen genéricamente a los «herederos forzosos», el propio Peña reconoce que no la tienen cuando el mismo testador ha efectuado la partición (SS. 17 octubre 1960 y 28 junio 1961) o si la ha realizado el cónyuge supérstite a tenor de la previsión contemplada en el artículo 831 C. c.

(270) Cfr. *Comentarios...*, art. 806, pp. 9 y ss., y *Panorama I*, sec. III, cap. III, 240, pp. 527 y ss.

(271) PEÑA, pp. 888 *in fine* y ss.

(272) *Ibid.*, pp. 893 y ss.

El punto clave por aclarar es si el legitimario puede instar este juicio cuando le haya sido atribuida la legítima a título distinto de los de heredero o de legatario de parte alícuota. Especialmente si le ha sido conferida por institución en cosa cierta o legado de cosas específicas, o bien en dinero de conformidad con lo preceptuado en los artículos 821, 829 y 1.056, 2 C. c., e incluso conforme a lo previsto en los reformados artículos 841 y ss.

Lacruz Berdejo (273) ha subrayado que el argumento basado en el artículo 1.039 L. E. C., tiene un valor más aparente que real, porque el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior al Código civil, «fue redactado en un momento en que al legitimario se le consideraba realmente como heredero y no había una norma, como el artículo 815, que permitiera satisfacer sus derechos "por cualquier título"», porque «el juicio de testamentaría no está destinado al cálculo de las legítimas, sino, primordialmente a la división del caudal relictio» y porque «si el heredero está presto a entregar el legado de cosa o de cantidad y de garantizar el pago de ésta no parece justificado para que se le conceda al legitimario su incoación».

Albaladejo (274) llega a una conclusión semejante, que sintetiza así: «cuando habla la ley o yo, por seguir su terminología, de que puede pedir la partición cualquier coheredero, hay que entender comunero (luego no el coheredero no comunero, sí el comunero no coheredero)».

Y Díez Picazo y Gullón (275) señalan que el legitimario, «visto el artículo 815 del Código civil, podrá pedirla [judicialmente, la partición] según la naturaleza de su título, es decir, si es heredero o legatario de parte alícuota». A diferencia del régimen de la L. E. C., anterior al C. c., «puesto que antes del Código civil era siempre heredero, la legítima se debía atribuir por ese título».

Los argumentos de Lacruz me convencieron e hicieron que rectificase mi anterior posición que había meditado poco. Advertí, también, una razón, paralela a la contenida en la S. 17 octubre 1960 para el caso de partición efectuada por el testador, puesto que, asimismo, en los supuestos enunciados de individualización de la legítima con instituciones de cosa cierta, legados específicos o pago en dinero, el juicio de testamentaría resulta dilatorio e inútil, además de extraordinariamente costoso. Sin perjuicio de que, si el heredero, en los supuestos de los artículos 821, 829, 1.056 y 1.062 no pagare la compensación debida al legitimario: pueda éste ejercitar la acción divisoria, que garantiza su *par bonorum*, siempre que no se produzca la prevista *solutio* en dinero (276). Y, asimismo, en la hipótesis de los reformados artículos 841 y ss.

Un análisis de las SS. 3 diciembre 1931, 17 octubre 1960 y 28 junio 1961 nos muestra que las razones decisorias para no dar lugar

(273) José Luis LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, II, 1973, § 68, p. 39 y *Elementos de derecho civil*, vol. V, Barcelona 1981, n. 351, c. p. 437.

(274) Manuel Albaladejo, *Curso de derecho civil*, V, 1982, § 24, 1, pp. 128 y ss.

(275) Luis Díez Picazo y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, 69, II B, p. 708.

(276) Cfr. nuestro *Panorama*, II, n. 343, pp. 739 y ss.

al juicio de testamentaría no sólo se circunscriben al supuesto de haberse efectuado ya la partición, en las dos últimas sentencias, por el testador, o, en la primera, por el contador partidor que él designó, sino que son aplicables a cualquier caso en que la legítima del reclamante haya sido individualizada por el testador, cualquiera que sea el título por el cual lo efectuara.

La S. de 3 diciembre 1931 señala que la «finalidad» del juicio de testamentaría es «hacer la división y adjudicación de la herencia entre los herederos»; por lo cual, procede su sobreseimiento si tal división o adjudicación se han efectuado legalmente. De lo cual podemos deducir que si, a un legitimario, su causante le ha individualizado sus derechos por el título que sea, no le cabe instar el juicio de testamentaría, aun cuando estime que le ha sido lesionada su legítima en la cuantía o en la cualidad de ésta, pues tiene otros remedios más adecuados para resarcirse.

Y así lo confirma el segundo considerando de la S. 28 junio 1961, cuando dice que el sobreseimiento del juicio de testamentaría, decidido por el Tribunal *a quo*, «ni veda ni restringe la defensa que los interesados en la sucesión puedan hacer de una legítima insuficiente e incompleta sin necesidad de proceder a nueva partición», «reduciéndose más no anulándose cuanto perjudique a las legítimas» ... «a medio de las acciones adecuadas S. 17 octubre 1960». Es de notar que este considerando da respuesta y rechaza el motivo primero del recurso de casación en el cual se alegaba que ,«conforme el artículo 813, § 1, el testador no podrá privar a sus herederos de la legítima, y la única forma de reclamar tanto la legítima como los demás derechos hereditarios, puesto que el causante murió testado, es el juicio de testamentaría. Alegación que fue rechazada, como acabamos de ver. Y es de advertir que, en el supuesto de hecho que motivó la sentencia, el causante había efectuado donaciones de dinero a una hija y nietos en anticipo de legítima, otra a varios hijos de un negocio de fundición —que era el bien principal— con reserva de una pensión vitalicia, y finalmente distribuido los bienes restantes según un documento privado, confirmado en su testamento, hechos que motivaron la alegación de que no había partición efectuada de conformidad al artículo 1.056 C. c.

Peña, específicamente, se ocupa del nuevo supuesto residual de pago en metálico de las legítimas, regulado por los reformados artículos 841 y ss. C. c. (277), sin advertir que la aplicación de su tesis empeoraría la condición de los legitimarios que percibieran así su legítima —de no haberse cumplido con todo rigor todos los requisitos exigidos para gozar del beneficio de inventario. El contenido atribuido al legitimario a quien le sea asignado su haber en dinero y no en una cuota de herencia, o a quién se le concrete sea en una *pars valoris bonorum*, o

(277) Respecto del nuevo supuesto residual —es decir para los supuestos no incluidos en los arts. 821, 829, 1.056, 22 y 1.062— de pago en metálico de la legítima, cfr. mi estudio *Nuevos supuestos de pago en dinero de las legítimas después de la reforma de 13 de mayo de 1981*, en «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», pp. 113 y ss.

bien en una *pars bonorum* con *facultas solutionis* del heredero para pagarla en dinero —como creemos ocurre en éste y en los demás supuestos previstos en el Código civil— no se conjuga con la cualidad heredero. Creo que debe excluir toda responsabilidad *ultra vires* del atributario del dinero, diferenciándole netamente del heredero (sin perjuicio —como hemos dicho— de que la reserva, expresada en el artículo 806 C. c., entre en juego en caso de impago, y, en ese supuesto, su parte alícuota —*pars bonorum*—, le permita acudir a dicho juicio divisorio) (278).

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

En este epígrafe, Peña (279) nada dice de particular. Coherente a su consideración literalista, deduce del artículo 807, 3.^º C. c. que «en principio», el cónyuge viudo: «Tiene el título de heredero, y con toda plenitud en cuanto a las consecuencias no patrimoniales de tal cualidad» y en cuanto a estos efectos, «en cierta forma y medida». Reconoce que «el viudo o viuda no sustituye al causante en su patrimonio»; «no pasa de ser como heredero forzoso, titular de un derecho real: ni siquiera de un derecho subjetivo».

Esto es la negación de que *realmente* sea heredero, conforme a lo que se deduce de los artículos 660, 659 y 661 C. c. —es decir, al concepto que él mismo ha recordado antes (280). Ello constituye una muestra evidente más de que la denominación *herederos forzados* no expresa lo que su nombre de heredero significa, y no resulta hoy sino una reminiscencia histórica.

CONCLUSION

Como *conclusión* de estas puntualizaciones podemos resumir:

1.^º No existe argumento histórico alguno que pueda apoyar en el derecho general de Castilla la tesis de que existe una delación forzosa a título de heredero. Muy al contrario, incluso los autores que defendieron la cualidad de *pars hereditatis* de las legítimas individuales, no la basaron en la existencia de delación legal alguna, en la cual ni siquiera pensaron.

2.^º Los codificadores tampoco marcharon por ese camino, sino que, siguiendo la pauta de la Ley de Bases, recogieron el derecho tradicional, salvo en que, para aproximar el régimen del Código civil al de las legislaciones forales —según indicó Alonso Martínez—, suprimieron la necesidad de instituir herederos a los legitimarios para la validez de la institución testamentaria, y redujeron la legítima estricta, ampliando la mejora y la parte disponible libremente.

(278) Loc. últ. cit., pp. 122 y ss.

(279) PEÑA, pp. 906 y s.

(280) Ibid, p. 877, 2.

3.^º En el Código civil, la tesis que, una vez más, rechazamos, no tiene otro apoyo que el verbal de la expresión *herederos forzosos*, mera reminiscencia histórica, cuya realidad desmienten el concepto de heredero, que define el mismo Código civil, y la expresada abolición de la necesidad de instituir heredero al legitimario.

4.^º En el régimen del Código civil —tal como era en el vigente al promulgarse— sólo existen dos formas de delación hereditaria: la testamentaria y la intestada. Así resulta de los artículos 609, referente a los modos de adquirir, 658 y 913, que además muestran el carácter subsidiario de la segunda respecto de la primera. Subsidiariedad que corrobora el artículo 1.009. La construcción que hemos criticado queda totalmente fuera de este esquema.

5.^º Las categorías de legitimario y mejorado se hallan en un plano distinto de las de heredero y legatario. Estas son modos de suceder a título universal, o propiamente dicho, y singular, o impropiamente hablando, respectivamente. Legitimario es quien, ya sea como heredero testamentario, como donatario, como legatario, como heredero *ab intestato* o por varios de estos títulos o todos, o bien mediante de los remedios subsidiarios que la ley les confiere, tiene derecho a conseguir, o completar, el mínimo de una cuota líquida de bienes o de su valor en dinero en los supuestos previstos. Esta cuota tan sólo se recibe embbebida en una *pars hereditatis* o cuota de herencia cuando un legitimario es instituido heredero por su causante o cuando le corresponda serlo *ab intestato*. Mejorado es aquel descendiente favorecido por su ascendiente, en detrimento de todos o de los demás legitimarios, bien lo sea a título de donación, de legado o de institución de heredero o de sustitución fideicomisaria. Los artículos 815, 819, 821, § 2.^º; 825 y 828 y 782 C. c., confirman lo expuesto.

6.^º Las aplicaciones de la tesis que analizamos muestran: que ésta no se adecúa bien a la realidad; que es menos dúctil para arbitrar entre el principio de que la voluntad del causante es ley de la sucesión y sus limitaciones legales; que da lugar a resultados injustos y a contradicciones e inconsecuencias lógicas sólo salvables saliéndose de ella.

"El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento"(*)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Profesor titular de Derecho civil
(Universidad de Sevilla)

SUMARIO: a) *Responsabilidad contractual y carga de la prueba.* 1) Las reglas generales de responsabilidad del Cc. y la regla general de la carga de la prueba. 2) La carga de la prueba del acreedor. 3) La carga de la prueba del deudor. 4) Obligaciones de medios y deberes de protección. 5) Implicaciones y fundamento de la distribución de la carga de la prueba asumida. 6) Responsabilidad contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba. 7) Crítica de la doctrina tradicional desde la perspectiva de la carga de la prueba. 8) El alcance efectivo de las conclusiones establecidas.—b) *Responsabilidad contractual y extracontractual: paralelismo de evolución desde el punto de vista del riesgo.*—c) *Valoración global de los medios de tutela del crédito y de los límites del esfuerzo debitorio.*

A) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y CARGA DE LA PRUEBA

1) *Las reglas generales de responsabilidad del C. c. y la regla general de la carga de la prueba*

Como ya advertíamos al inicio de esta investigación, el ámbito de la carga de la prueba se ofrece como el más idóneo para determinar el efectivo alcance de las conclusiones establecidas, y para desentrañar los equívocos que arrastra la secular discusión doctrinal sobre el tema

(*) El presente estudio continúa y ahonda en el análisis de las reglas de la responsabilidad contractual tal y como se explicaron en «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Cc. español (A.D.C., 1985, pp. 275 y ss.). Por ello se parte aquí de los resultados allí previamente alcanzados.

Las citas bibliográficas no desarrolladas se refieren al material allí manejado, mientras que los elementos bibliográficos nuevos aparecen con la referencia completa.

de la responsabilidad contractual. Es en el campo de la carga de la prueba donde, a través de la distribución del riesgo de la incertidumbre probatoria que ésta implica, se comprende el papel del límite y del fundamento de la responsabilidad, en la medida que la necesidad o certeza de su prueba aparecen funcionalizadas a las exigencias concretas de las partes. De este modo, a través de aquello que se ha de probar para la afirmación de la responsabilidad (interés del acreedor) o para la exoneración (interés del deudor), las normas de la responsabilidad-exoneración deben de resultar confirmadas sin más modificación que las derivantes de su instrumentalización probatoria.

Las reglas de la carga de la prueba operan, como se ha dicho, una distribución del riesgo de la incertidumbre o de la falta de la prueba entre las partes y en este sentido son normas procesales, en cuanto que desarrollan su eficacia en el proceso, en un litigio establecido —tratándose de responsabilidad contractual— entre acreedor y deudor (1). Su carácter procesal deriva de que la incertidumbre o la falta de prueba, en combinación con la norma que descarga este riesgo sobre una de las partes, ofrece al juez un criterio de decisión del litigio en forma de permitirle emitir en todo caso un pronunciamiento sobre el mérito evitando un *non liquet* (2). De modo que la carga de la prueba se conecta bajo este perfil no sólo con el principio dispositivo sino con el de la certeza del Derecho.

De hecho, la perspectiva ligada a la certeza del Derecho (distribución del riesgo de la incertidumbre o falta de la prueba) prevalece sobre aquélla conectada al principio dispositivo (aquel que alega un hecho como fundamento de su pretensión positiva —demanda— o negativa —excepción—, ha de probarlo). Y ello es así porque si bien la parte sobre la que pesa el riesgo de la incertidumbre o falta de la prueba, tiene interés en darla, de tal modo que no estando obligada a ello es interés suyo hacerlo para alcanzar su pretensión (3), ello no significa, como ha puesto de manifiesto Sacco (4), que de las normas de la carga de la prueba derive la necesidad de que la prueba la dé en todo caso el onerado. Sobre éste pesa la incertidumbre o la falta de la prueba, pero este riesgo deja de pesar sobre él desde el momento en que dicha prueba se dé y aparezca en modo cierto, no sólo por su actividad probatoria, sino también por la actividad (incauta) de la contraparte o

(1) Aunque esto no significa que su eficacia se desarrolle exclusivamente en el proceso. Las partes no lo afrontarán si no pueden asumir la carga de la prueba que respectivamente se les impone.

Para otras aplicaciones extrajudiciales de la carga de la prueba vid. SACCO, «Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova», en Riv. dir. civ., 1957, I, págs. 399 y ss., y allí pág. 421.

(2) Vid. MICHELI, «L'onere della prova (ristampa)», Padua, 1966, pág. 496, y GÓMEZ ORBANEJA, «Derecho Procesal civil», I, Madrid, 1976 (8.^a ed.), pág. 306, donde se cita la sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1945 (R. A. n. 140) que —correctamente— dice: «la doctrina del *onus probandi*, no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba».

(3) Conforme a la definición tradicional de la carga (*onus*). Cfr. SANTORO-PASSARELLI, «Dottrine generali del Diritto civile», Napoli, 1980, pág. 74.

(4) Op. últ. cit., págs. 399 y ss., espec. pág. 402.

por la actividad de iniciativa admitida al juez en esta materia (art. 340 L.E.C.). Sobre el onerado pesa el riesgo de la ausencia o deficiencia de la prueba en general y no sólo —aunque sí fundamentalmente— de su propia actividad probatoria.

De este modo las normas de la carga de la prueba aparecen como criterios de decisión contra la parte a quien incumbe una determinada prueba, que la ley pone en manos del juez para el caso de que dicha prueba no resulte del proceso o sea incierta; o más exactamente, son criterios de decisión contra la parte a quien la ley adosa el riesgo de la ausencia o incertezza de una prueba, parte que tiene el interés y (normalmente) la posibilidad de suministrarlala con su propia actividad probatoria.

A la hora de determinar estos criterios de decisión y de distribución del riesgo de la ausencia o incerteza de la prueba, es tradicional la referencia a la distinción establecida entre hechos constitutivos y hechos impeditivos o extintivos. La parte que hace valer una pretensión, ha de probar los hechos (constitutivos) que le sirven de fundamento; la contraparte que se opone ha de probar los hechos impeditivos o extintivos (constitutivos de su pretensión opositora) que hacen ineficaz la pretensión actora. Tal es la regla que se desprende del artículo 1.214 C. c., criterio general de la carga de la prueba (5).

Es decir, que la virtualidad misma del criterio de decisión judicial que las normas de la carga de la prueba suponen, se determina con referencia a una distinción de hechos que escapa al Derecho procesal y, en cambio, pertenece al ámbito del Derecho sustantivo. De forma que la norma general de la carga de la prueba no es por sí sola idónea para resolver en cada caso el problema de si un determinado hecho, integrado en el supuesto fáctico de una norma como presupuesto de un cierto efecto jurídico (objeto de la pretensión de la parte que lo alega), deba ser probado y por quién (6).

Así se ha podido decir exactamente por Micheli (7) que la norma general de la carga de la prueba contiene una norma procesal en cuanto ofrece al juez un criterio para decidir en el caso dudoso, repartiendo las consecuencias de la ausencia o defectuosidad de la prueba, pero tal repartición adquiere contenido concreto en cuanto se refiera a la relación jurídica que se hace valer en juicio. De forma que se produce la recepción por parte de la norma procesal de la calificación atribuida por el Derecho sustantivo a los elementos constitutivos de cada supuesto de hecho, adquiriendo por ello la norma procesal alcance sustantivo. Pues si bien el criterio de decisión que conlleva la distri-

(5) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit. en comentario al artículo 1.183, páginas 276-7; SOTO NIETO, op. cit., págs. 127-8; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., páginas 306-7.

En la jurisprudencia, entre otras muchas, vid. sentencias T. S. de 19 de enero de 1948 (R.A. 17), 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168), 10 de junio de 1959 (R.A. 2498), 20 de febrero de 1950 (R.A. 922) y 22 de febrero de 1963 (R.A. 827).

(6) Vid. SACCO, *ibidem*, pág. 420.

(7) Vid. MICHELI, op. últ. cit., págs. 494 y ss., espec. págs. 498-9.

bución del riesgo probatorio se deduce de la norma procesal, este criterio no puede prescindir del Derecho sustantivo que determina el contenido de cada pretensión con arreglo a la naturaleza de la relación o norma invocada.

De forma que el contenido mismo de la norma procesal se determina en cada caso con arreglo a la relación jurídica controvertida y la pretensión hecha valer en juicio. Con lo que, en definitiva, es el Derecho sustantivo el que determina los hechos que han de ser probados en cada supuesto normativo.

Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual sus normas generales, como es sabido, son las contenidas en los artículos 1.101, 1.105-1.182, 1.184 C. c. De dichas normas, como también sabemos ya, se desprende que el deudor responde del incumplimiento y que el límite de su responsabilidad viene dado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable.

Prescindiendo de los citados artículos, y asumido el incumplimiento como único fundamento de la responsabilidad contractual, de un entendimiento abstracto de las normas sobre la carga de la prueba derivaría que el acreedor que pretendiese el resarcimiento derivado del incumplimiento de una obligación, habría de probar, además de la cuantía del daño sufrido, el incumplimiento del deudor. Pero así como el incumplimiento se determina a partir del límite de la imposibilidad liberatoria (caso fortuito en sentido amplio, con sus dos elementos), de forma que concurriendo ésta no hay incumplimiento sino extinción de la obligación, el acreedor que hubiese de probar el incumplimiento no sólo tendría que probar la infracción de la obligación, sino que ésta no responde a imposibilidad liberatoria: es decir, tendría que probar o la posibilidad de la prestación o que su sobrevenida imposibilidad es imputable al deudor (8).

Frente a este entendimiento abstracto de las normas de la carga de la prueba, las normas generales del C. c. antes citadas establecen respecto del supuesto específico de la responsabilidad contractual un concreto entendimiento de lo que para el acreedor es el hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria (el hecho que debe por él ser probado, o mejor, del que asume el riesgo de la incertezza o falta de su prueba), y para el deudor es el hecho extintivo de la pretensión actora (constitutivo de su pretensión liberatoria y respecto del que asume el relativo riesgo probatorio).

Según el artículo 1.101 C. c. el hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor y respecto del que éste asume el riesgo de la incertezza o falta de su prueba es el incumplimiento.

Frente a dicha pretensión el deudor no cumplidor que pretenda eludirla, ha de probar (y asume el correspondiente riesgo probatorio)

(8) En sentido análogo, sobre las consecuencias a que llevaría un entendimiento abstracto de la carga de la prueba del acreedor, aunque sobre la base de un entendimiento diverso de las reglas de responsabilidad, cfr. TRIMARCHI «Istituzioni...» cit., págs. 349-350 y ROPPO, «Il contratto» cit., página 260.

un hecho impeditivo complejo: la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa a él no imputable (arts. 1.105-1.182, 1.184 Código civil).

Desde el momento en que sobre el deudor pesa la carga de la prueba de la imposibilidad liberatoria (art. 1.183 C. c. y 1.105-1.182 en relación con el art. 1.101), la prueba del incumplimiento a dar por el acreedor no se entiende en aquel sentido riguroso que se desprendería de una contemplación abstracta de la norma general de la carga de la prueba, sino en un sentido diverso. Al acreedor incumbe dar la prueba de la infracción de la obligación por el deudor (materialidad del incumplimiento, prueba inicial del incumplimiento), en tanto que al deudor incumbe la prueba liberatoria. Si el deudor no cumplidor consigue dar esta prueba, excluye la responsabilidad porque demuestra la extinción de la obligación y con ella la inexistencia de incumplimiento. Si por el contrario no alcanza a darla, la prueba inicial del incumplimiento (de la falta de total o de exacto cumplimiento) que incumbe al acreedor y que es presupuesto de toda cuestión de responsabilidad, se hace definitiva y la responsabilidad del deudor no cumplidor se afirma.

De modo que, permaneciendo firmemente asentado que el límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.) y que el incumplimiento (en sentido propio, definitivo, «imputable») se determina a partir de este límite, las reglas de la carga de la prueba que resultan de integrar la norma general que se desprende del art. 1.214 C. c. con las normas sustantivas de la responsabilidad contractual, hacen que la prueba de su concurrencia sea una carga para el deudor. De forma que si en el proceso no se establece la concurrencia de la imposibilidad liberatoria, el juez decide contra el deudor afirmando la responsabilidad, pues la ausencia o la incerteza de la prueba de la imposibilidad liberatoria (y para ello dado su carácter complejo, basta la de uno de sus elementos) es un riesgo para el deudor y el juez debe decidir sobre la base de que existe una infracción de la obligación (prueba del acreedor) no justificada (ausencia de prueba liberatoria del deudor), infracción de una obligación subsistente (incumplimiento) que es presupuesto de responsabilidad.

No es que el incumplimiento, fundamento de la responsabilidad, no se determine conforme o su límite, sino que esa determinación viene puesta a cargo del deudor por las reglas de la carga de la prueba. Es el deudor quien ha de probar que la infracción de la obligación (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento) se ha producido más allá del límite de su responsabilidad, es decir, una vez extinguida la obligación, y que, como tal, no es incumplimiento.

Para designar este fenómeno se ha hablado de «inversión parcial de la carga de la prueba» (9). En realidad se trata de una aplicación normal de las reglas de la carga de la prueba, pues corresponde a la ley sustantiva designar cuáles son los hechos que corresponde probar

(9) ROPPO y TRIMARCHI, opp. y locc. cit.

y sobre quién recae el riesgo de la ausencia o incerteza de su prueba en relación a una determinada pretensión (10).

De esta forma al acreedor le basta probar la infracción de la obligación (la falta de total o exacto cumplimiento) y no necesita probar la subsistencia de ésta; en cambio el deudor no cumplidor que quiera excluir la responsabilidad ha de probar su límite (la extinción de la obligación). La determinación definitiva del incumplimiento —que presupone ciertamente la subsistencia de la obligación, fundamento último de la responsabilidad— es un riesgo para el deudor y no del acreedor con arreglo a la carga de la prueba que resulta de las reglas generales de responsabilidad contractual.

2) *La carga de la prueba del acreedor*

Al acreedor no se le adosa, como hemos visto, la prueba definitiva del incumplimiento (en sentido propio, «ímparable»), sino que ha de probar solamente la infracción de la obligación (prueba inicial del incumplimiento, de la ausencia o inexactitud del cumplimiento), incumbiendo por el contrario al deudor excluir la relevancia de tal infracción con la prueba de la extinción de la obligación misma (prueba de la imposibilidad liberatoria-extintiva).

De este modo, la distribución de la carga de la prueba en tema de responsabilidad contractual se ha operado tradicionalmente con la distinción entre el plano de la materialidad del incumplimiento y el de la culpa (11). O, hablando con mayor propiedad, entre el plano de la infracción y el de su justificación (plano del juicio de responsabilidad, de la determinación definitiva del incumplimiento). En el primer plano el riesgo probatorio se adosa al acreedor, en el segundo al deudor. En concreto, el acreedor ha de probar la falta del resultado debido (ausencia total o inexactitud), que es presupuesto material de toda cuestión de responsabilidad (así, p. ej., el deterioro de las cosas depositadas, la no conformidad de la prestación profesional debida con los patrones técnicos del ramo profesional en cuestión, la no realización del transporte debido); mientras que el deudor no cumplidor si quiere verse liberado de la responsabilidad, ha de probar que la falta de aquel resultado obedeció a imposibilidad de la prestación a él no imparable.

Una gran parte de la doctrina (12) sobre la base del artículo 1.214

(10) Cfr. SACCO, *ibidem*, pág. 406; MICHELI, «In tema di onere della prova dell'inadempimento», en *Giur. it.*, I, 1, col. 1147 y ss., y allí, col. 1420: «Attraverso l'art. 2.697 Codice civile si verifica una semplificazione della fattispecie, addotta a fondamento della pretesa, nel senso che all'autore non è addossato l'onere della dimostrazione di tutti i fatti constitutivi della pretesa, *nonché dell'inesistenza dei fatti impeditivi modificativi ed estintivi di essa*».

(11) MENGONI «Obbligazioni...» cit. págs. 375-6; MAJELLO «Custodia e deposito» cit. pág. 165; CARNELUTTI «Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale» en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, págs. 743 y ss., y allí pág. 748, tabla gráficamente de «materialità (nuda) dell'inadempimento».

(12) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., págs. 279 y 283; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (recogiendo—sin excesivo entusiasmo—la doctrina común), op. cit., pág. 248;

Código civil, que establece que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone», ha sostenido la no necesidad de la prueba del incumplimiento (en su materialidad) por parte del acreedor que pretenda el resarcimiento. Pues de ese artículo se deduciría (13) que el cumplimiento es un tema fijo de prueba para el deudor; de forma que al acreedor le bastaría en todo caso probar la obligación, en tanto que al deudor incumbiría la prueba del cumplimiento (negación del incumplimiento). En modo que el artículo 1.214 C. c. (que tiene sus antecedentes directos en los arts. 1.315 del Código francés y 1.312 del italiano de 1865) consagraría una presunción de incumplimiento que dispensaría al acreedor de su prueba, y que tocaría al deudor vencer con la del cumplimiento u otra causa de extinción de la obligación (14). Al acreedor le bastaría probar la inexistencia de la obligación y *alegar* que no se ha cumplido, o no se ha hecho exactamente.

Otras veces se precisa que, como principio general, al acreedor-actor que alega el incumplimiento (en su materialidad, se insiste), le basta probar la existencia del vínculo obligatorio que considera incumplido, mientras que al acreedor sólo incumbiría, además, la prueba de la materialidad de la infracción, cuando se trate de una obligación cuyo contenido consista en un *pati* (omisión), en una prestación de un *facere* medido en la diligencia (obligaciones de medios), o en general cuando se trate de supuestos de cumplimiento inexacto en que es el acreedor el que denuncia un hecho contrastante con las condiciones contractualmente puestas para el cumplimiento (15).

La tesis de que la carga de la prueba del acreedor que alega el incumplimiento no incluye la materialidad del mismo, fue ya criticada por Carnelutti (16) durante la vigencia del Código civil italiano de 1865. Ya entonces este autor puso de manifiesto la necesidad de distinguir entre el acreedor que insta el cumplimiento, al cual con arreglo

ALBALADEJO, op. cit., pág. 117, espec. nota 104; ESPÍN, op. cit., pág. 204; LACRUZ, op. cit., pág. 105 (sólo para las obligaciones de resultado).

(13) Cfr. MAJELLO, op. últ. cit., págs. 165 y ss.; MICHELI, «L'onere della prova», cit., págs. 438 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pág. 311.

(14) Cfr. TUNC, op. cit., págs. 133-4.

El artículo 1.312 del Cciv. it. de 1865, que era una traducción literal del 1315 del francés decía: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione». Por su parte, el texto del artículo 1.214 Cc. es el mismo del artículo 1.196 del Proy. de García Goyena.

(15) Para las obligaciones de medios y negativas, LACRUZ, op. cit., pág. 105. Para las negativas y toda clase de incumplimiento inexacto, GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., págs. 283 y 279. En este último caso, recogiendo —y acogiéndo— la opinión de SANTAMARÍA, «Comentarios al Código civil», II, Madrid, 1958, pág. 22: «cuando se trate de simple incumplimiento por omisión de la prestación, le bastará al acreedor acreditar la obligación... cuando se trate, por el contrario, de un incumplimiento por deficiencia de la prestación o por actos de contravención de orden positivo, el actor deberá probar la realidad de estos hechos».

(16) Cfr. «Sulla distinzione...» cit., págs. 747-8 y «Appunti sulle obbligazioni», en *Riv. dir. comm.* 1915, I, págs. 617 y ss.

a los principios generales de la carga de la prueba, incumbe la prueba del fundamento de su pretensión, es decir, la obligación misma; y el acreedor que insta el resarcimiento de los daños derivantes del incumplimiento de la obligación, que, con arreglo a esos mismos principios, ha de probar la materialidad del incumplimiento, pues éste se incluye en el supuesto fáctico (*fattispecie*) constitutivo de la pretensión resarcitoria (17).

El artículo 1.312 Código civil italiano de 1865 era sólo una ejemplificación respecto de la pretensión de cumplimiento de la norma general de la carga de la prueba (que es que al actor incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que alega), norma general que aplicada al caso del incumplimiento llevaba a la necesidad de la prueba de su materialidad por el acreedor que pretende el resarcimiento. Lo que se aplicaba al incumplimiento era la norma general que estaba detrás de la formulación concreta del artículo 1.312, y no esa misma formulación que sólo valía para el caso de la pretensión de cumplimiento, en que, ciertamente, al acreedor le basta probar la existencia de la obligación.

De modo análogo hoy en España (18) sobre la base de los artículos 1.101 y 1.214 Código civil, es preciso concluir en la necesidad de que el acreedor que pretende el resarcimiento de una obligación incumplida, debe probar como fundamento de su pretensión la existencia de la obligación y la materialidad de su incumplimiento, en tanto que al acreedor que pretende el cumplimiento de la obligación, en aplicación de los mismos principios sobre la carga de la prueba, incumbe

(17) CARNELUTTI partía de la consideración de la prestación resarcitoria como objeto de una obligación nueva con relación a la incumplida, obligación nueva que surgiría, precisamente, del incumplimiento.

Con independencia de ello (que no afecta al fondo de lo que aquí se discute), CARNELUTTI pone magistralmente de relieve el diverso hecho constitutivo de la pretensión del acreedor que reclama el cumplimiento, del que pide el resarcimiento por el incumplimiento de la obligación, lo que se refleja por fuerza en la carga de la prueba de uno y otro. Así, cfr. op. últ. cit., pág. 622: «se l'artista di canto si è obbligato a cantare, non è tenuto che a cantare per il solo fatto del contratto; e perchè sia tenuto a pagare dei quattrini bisogna non solo che si sia obbligato a cantare, ma anche che non abbia cantato» (o que no lo haya hecho en las condiciones pactadas).

(18) En Italia los problemas de interpretación se han venido a facilitar con la fórmula del artículo 2.697 del actual Cciv., que ha venido a recoger aquel principio general de que el artículo 1.312 Cciv. de 1865 era aplicación. Sobre la base del artículo 1.218 Cciv. y la fórmula general de la carga de la prueba contenida en el artículo 2.697, conciben la carga de la prueba del acreedor en conformidad con lo que aquí se expone: MICHELI, «L'onere della prova» cit., páginas 366 y 437 y ss.; RAVAZZONI, «Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale», en «Studi in memoria de G. Donatutti», II, Milán, 1973, páginas 945 y ss., y allí, pág. 957 y ss.; MENGONI, op. últ. cit., págs. 317-8.

Para MAJELLO («Custodia e deposito» cit., págs. 167-8), en cambio, el acreedor habría de probar el incumplimiento en todo caso, sea para pedir el cumplimiento que para pedir el resarcimiento de los daños.

El artículo 2.697 Cciv. it. dice: «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce chel il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

sólo la prueba de la obligación de la que deriva (sin más) su derecho al cumplimiento.

Este diverso contenido de la carga probatoria del acreedor no es más que una aplicación de los mismos principios (los que se deducen del artículo 1.214 C. c.) a dos pretensiones diversas.

Cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños, no hace valer simplemente la obligación, sino la obligación en cuanto no cumplida o no exactamente cumplida; no basta, pues, la prueba de la obligación por su parte, sino que a ella debe añadirse la de su infracción. La mutación del contenido de la prestación originaria en prestación resarcitoria opera sobre el presupuesto (normativo, art. 1.101 Código civil) de la infracción de la obligación, presupuesto que, por tanto (art. 1.214 C. c.), ha de ser probado por el acreedor que pretende el resarcimiento.

Es decir, que sobre la base de la calificación operada por la ley sustantiva —art. 1.101 C. c.— de la infracción de la obligación (falta de total o exacto cumplimiento: «cualquier modo de contravención» de la obligación) como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor, opera el principio general de la carga de la prueba que se deduce —aunque en él no se enuncia— del artículo 1.214 (al actor incumbe la prueba de los hechos que fundan el derecho que hace valer) al hacer aplicación suya para la hipótesis de pretensión de cumplimiento (19).

(19) Que el artículo 1.214 Cc., al exigir del acreedor la sola prueba de la existencia de la obligación, sólo se refiera a la carga de la prueba para la pretensión de cumplimiento, no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia haya sabido extraer de él, el principio general de la carga de la prueba que a través suyo —y para la hipótesis del cumplimiento— recibe aplicación. Así es especialmente clara en este sentido la citada sent. T. S. de 19 de enero de 1948 (R.A. 17): «que conforme establece el artículo 1.214 del Código civil y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, *desenvolviendo la doctrina de la carga de la prueba*, al demandante incumbe la de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, o sea, los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que forman el supuesto de sus excepciones».

También son muy significativas por la conexión establecida entre el artículo 1.214 Cc. (a través de su interpretación jurisprudencial) y el principio general de la carga de la prueba tal como queda arriba expuesto, las también ya citadas sentencias T. S. de 10 de junio de 1959 (R.A. 2498) y 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168, que justifica aquel principio general «a tenor de lo que previene el artículo 1.214 Cc. interpretado por la doctrina legal»).

Abundantes citas jurisprudenciales que corroboran el carácter unánime del principio general de la carga de la prueba inducido del artículo 1.214 Cc. pueden verse en la última sent. citada y en las, también citadas, de 22 de febrero de 1963 (R.A. 827) y 20 de febrero de 1960 (R.A. 922).

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, se comprende que el acreedor que pretenda el resarcimiento por incumplimiento «ha de demostrar la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento (conforme a las normas generales que rigen el *onus probandi* fundamentalmente contenidas en el artículo 1.214 del Código civil...)» (sent. T. S. 4 de octubre de 1935 R.A. 1809).

La invocación en esta última sentencia del artículo 1.214 Cc., lejos de resultar «inexplicable» (ALBALADEJO, op. cit., pág. 117, nota 104), se explica perfectamente:

A esta necesidad para el acreedor de dar la prueba de la materialidad del incumplimiento, tampoco hace excepción la resolución del contrato por incumplimiento, aunque pueda ser también demandada en juicio que haya sido promovido inicialmente para obtener el cumplimiento (art. 1.124-2.^º) (20), puesto que nada impide que la diversidad del efecto jurídico pedido —diversidad, en suma, de pretensiones—, importe un diferente tema de prueba para el actor, y cuando se trata de la resolución (que junto con el resarcimiento que lleva aparejado —art. 1.124-2.^º— es un efecto diverso del cumplimiento) exige la prueba de la materialidad del incumplimiento (falta de exacto cumplimiento, art. 1.124-1.^º) (21).

se aplica el principio general de la carga de la prueba (del que el artículo 1.214 Cc. hace aplicación para el caso del cumplimiento) a una pretensión distinta a la por él contemplada, la del resarcimiento.

El propio ALBALADEJO, que con la doctrina común sostiene que al acreedor basta dar la prueba de la obligación y alegar que no se ha cumplido (o no exactamente), desmiente en la práctica sus afirmaciones cuando exemplificando dice (*ibidem*, págs. 116-7), que en el caso del taxista que se comprometió a recogernos y no lo hace por olvido, el acreedor ha de probar que el taxista no fue a recogernos a casa. Esta prueba es, precisamente, la de la materialidad del incumplimiento (art. 1.101 Cc.) de la falta (en este caso total) del resultado debido.

En el sentido que en la carga de la prueba del acreedor que acciona por la responsabilidad se incluya la materialidad del incumplimiento, es aún más clara la sent. T. S. de 5 junio 1944 (R.A. 811): «Que quien como actor reclama indemnización de daños y perjuicios por negligencia en la gestión administrativa de una finca confiada a un tercero, se sitúa en posición procesal que le impone la carga probatoria de los elementos normalmente constitutivos del derecho que ejercita, *esto es, la existencia de una acción u omisión culposa en el cumplimiento de los deberes propios del administrador, determinante del daño o perjuicio que habrá de ser indemnizado*».

Las frases subrayadas, no son sino una descripción del hecho material del incumplimiento (la falta del exacto resultado debido) con arreglo al contenido propio de la prestación debida (prestación de medios, medida en la diligencia).

(20) Del artículo 1.124-2.^º Cc. se desprende que habiendo optado el acreedor por la resolución o por el cumplimiento ya no puede variar su pretensión, salvo que habiendo optado por el cumplimiento éste resultara imposible, en cuyo caso se podrá optar ulteriormente por la resolución en vez de por el equivalente de la prestación devenida imposible (siendo la imposibilidad imputable al deudor) en uno y otro caso con el resarcimiento de los daños.

Con todo, es dudoso —cfr. LACRUZ, op. cit., pág. 123— que el artículo 1.124-2.^º se refiera a una imposibilidad de la prestación en sentido técnico, de forma que sólo una imposibilidad de la prestación de los artículos 1.182 y ss. autorice al acreedor a variar su elección y pasar del cumplimiento a la resolución. Pues así como resulta claramente desleal pedir la resolución (con lo cual el deudor se desentiende legítimamente de la preparación del cumplimiento) y después pedir el cumplimiento, no se ve razón alguna para impedir que cuando el interés del acreedor en el cumplimiento (tardío) venga a faltar, cambie su elección e inste la resolución del contrato, pues ésta en definitiva tutela, este interés del acreedor y es el incumplimiento continuado del deudor el que determina su venida a menos.

Estos principios se recogen en el artículo 1.453-2.^º Cciv. it.: «La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenerne l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione».

(21) Vid. MICHELLI, op. cit., últ. cit., pág. 440, nota 8, y «In tema...» cit., coll. 1.421-2; RAVAZZONI, op. cit., págs. 962-3.

Que el acreedor, cuando se trate de obligaciones negativas, deba probar el hecho positivo en que la violación de las mismas se concreta, o que, cuando se trate de prestaciones respecto de las cuales el acreedor lamenta su inexactitud, deba probar ésta, no son más que aplicaciones concretas del principio general de que al acreedor incumbe la prueba de la materialidad de la infracción debitoria (22).

Cuando se trata de prestaciones positivas totalmente irrealizadas, la prueba de la materialidad del incumplimiento se hace, igualmente, por el acreedor y en la forma en que se dan las pruebas negativas, es decir, probando otros hechos que demuestren la no verificación puntual del cumplimiento (por ej., requerimiento notarial de pago y prueba testifical de la no comparecencia del vehículo que había de realizar el transporte para, respectivamente, la falta total de pago y del transporte) (23).

En contra, SACCO, op. últ. cit., pág. 406, nota 26.

En realidad, cuando se trata de pedir el cumplimiento tardío de la prestación, lo que en verdad sucede es que se acciona por el incumplimiento, incluyéndose la prestación tardía como elemento principal (*aestimatio rei*) del resarcimiento pedido por el incumplimiento (temporalmente inexacto). Por ello en este caso es evidente que la materialidad del incumplimiento ha de ser también probada (RAVAZZONI, op. y loc. últ. cit.).

(22) En la doctrina española próximo a las posiciones aquí defendidas, CASTÁN, op. cit., págs. 172-3, quien tras recoger escépticamente la doctrina común (al acreedor basta dar la prueba de la existencia de la obligación) añade: «Mas a pesar de ello, el juego de la regla general sobre carga de la prueba del artículo 1214 hará que normalmente el actor que alegue la responsabilidad contractual tenga que justificar, como fundamento de ella, el incumplimiento de la obligación».

Aún más nítidas son las opiniones recogidas por CASTÁN, de MORENO MOLÍF (*ibidem*, pág. 172, nota 1): la necesidad genérica de probar el fundamento del derecho alegado (art. 1.214), lleva en la responsabilidad contractual a la de que el acreedor deba probar el incumplimiento, y JOSSERAND (páginas 172-3): la responsabilidad contractual presupone el incumplimiento de la obligación cuya comprobación corresponderá, en principio, al acreedor demandante.

Sin embargo, CASTÁN, en su sincretismo doctrinal, parece inclinarse al final, siguiendo a COLIN Y CAPITANT (*ibidem*, pág. 173, nota 1) y sobre la base de la expresión «las cuales —normas generales de la carga de la prueba— no tendrán igual desenvolvimiento si se trata del incumplimiento de una obligación positiva o de una obligación negativa» (sent. cit. T.S. 4 octubre 1935, R.A. 1809), por una distinción en el contenido de la carga de la prueba del acreedor según la obligación sea positiva (en que bastaría la prueba de la obligación) o negativa (en que, además, habría que probar la materialidad de la infracción debitoria).

En cambio, para mí no existen razones para tal distinción, y entiendo que el «distinto desenvolvimiento» de que habla la sent. citada se refiere no al contenido de la carga de la prueba, sino a la distinta mecánica probatoria (prueba positiva: de la inexactitud, prueba negativa: de la ausencia de cumplimiento) de ese contenido que es siempre el mismo: el hecho material del incumplimiento (total o inexacto) como presupuesto (hecho constitutivo) de la pretensión resarcitoria del acreedor.

(23) Se ha dicho (BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., pág. 175) que cuando se trata de créditos que han de ser satisfechos en un determinado plazo, de la prueba de la obligación por el acreedor y del artículo 1.214 (el deudor debe probar los hechos extintivos), del que derivaría una presunción

La prueba de la materialidad del incumplimiento por el acreedor puede revestir la forma de prueba de la imposibilidad de la prestación (que, precisamente, por el carácter complejo de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad, y por la necesidad de concurrencia de sus dos elementos, es —cuando resulta imputable al deudor— una forma de incumplimiento) (24), restando entonces a cargo del deudor la prueba de la no imputabilidad de la misma (art. 1.183 C. c.).

No pudiendo el acreedor asumir la carga de la prueba de la pretensión resarcitoria (obligación y materialidad de su infracción), deberá accionar, probando la existencia de la obligación (art. 1.214 C. c.), sólo por su cumplimiento (25).

Además de la prueba de la obligación y su falta de total o exacto cumplimiento, incumbe al acreedor que pretende el resarcimiento la prueba de la cuantía del daño y de su derivación (inmediata, efectiva, «normal», art. 1.107-1 C. c.) de la infracción debitoria (26).

de persistencia del crédito, resultaría, conjuntamente, una presunción de incumplimiento en favor del acreedor.

Lo que no es exacto, pues el acreedor que insta la responsabilidad (otra cosa es el que insta el cumplimiento) no debe probar la obligación, sino la obligación incumplida; y una cosa es que frente a la prueba de la falta de total o exacto cumplimiento (que incumbe al acreedor) el deudor pueda dar la contraprueba de la extinción de la obligación (el no cumplimiento obedece a imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable), y otra que se pretenda deducir de la posibilidad de tal contraprueba una vía para descargar al acreedor de la prueba que le incumbe. Prueba y contraprueba existen perfectamente y a cada parte le corresponde agotar su contenido con relación a sus respectivas pretensiones (responsabilidad y liberación).

(24) Ello no invierte la carga de la prueba con relación a la imposibilidad de la prestación como elemento de la prueba liberatoria, pues sobre el deudor pesa en todo caso el riesgo de la incertezza o ausencia de su prueba, aunque ello no significa que la prueba de la imposibilidad haya de resultar forzosamente de su propia actividad probatoria.

(25) Las eventuales dificultades de prueba del incumplimiento (cuando se trate de probar la falta de un positivo resultado debido) no bastan para invertir la carga de la prueba. Pues ésta deriva de la regulación sustantiva de la responsabilidad contractual —art. 1.101 Cc., que califica el incumplimiento (en su materialidad) como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor— y no de la mayor o menor facilidad probatoria de la parte acreedora (Cfr. MENGONI, *ibidem*, pág. 318, nota 66)).

(26) El dolo como presupuesto del agravamiento de las consecuencias del incumplimiento (mayor amplitud del resarcimiento) también engrosa la carga de la prueba del acreedor. Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pág. 283; LACRUZ, op. cit., pág. 105; ALBALADEJO, op. cit., pág. 117; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., pág. 248; RUGGIERO-MAROI, op. cit., pág. 81; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., pág. 716 (donde se precisa que al acreedor incumbe no tanto la prueba del dolo, cuanto de los hechos merecedores de tal calificación jurídica, que compete en todo caso al Tribunal).

En definitiva, el dolo es hecho constitutivo de una pretensión autónoma (agravación de responsabilidad) respecto de la del normal resarcimiento (artículo 1.107-2.º Cc.). Sobre la base de esta calificación de la ley sustantiva opera la regla general de la carga de la prueba (deducida del art. 1.214 Cc.), incumbiendo por tanto al acreedor la prueba del fundamento de su pretensión agravatoria.

3) *La carga de la prueba del deudor*

Así como frente al acreedor que exige el cumplimiento de una obligación (a quien incumbe la carga de su prueba), el deudor puede oponer la prueba del cumplimiento de la obligación o que ésta de cualquier otro modo se ha extinguido (art. 1.214 C. c.) o discutir su existencia (pues la incertidumbre de la existencia del vínculo obligatorio es un riesgo probatorio que pesa sobre el acreedor-actor, de modo que ante dicha incertidumbre el juez fallará contra la parte onerada y absolverá al deudor-demandado); cuando el acreedor pide la responsabilidad por incumplimiento, el deudor puede o bien discutir el hecho mismo del incumplimiento (la falta de total o exacto cumplimiento, cuya prueba incumbe al acreedor), o bien, admitido éste, dar la específica contraprueba de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

Si el deudor-demandado de responsabilidad opta por la primera vía (la discusión del hecho material del incumplimiento), o bien discutirá la existencia misma de la obligación, o bien admitiendo que ésta ha existido, discutirá la existencia de su violación (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). Así, en el primer caso, el deudor deberá, por ejemplo, dar la prueba de que se trata de una obligación derivante de un contrato nulo, anulable o rescindible o de que no existe el hecho (por ej., contrato) que el acreedor alega como fundamento de la obligación (27). En el segundo caso el deudor deberá demostrar, en contra de la prueba dada por el acreedor, que ha prestado el resultado debido o que lo ha prestado exactamente. También aquí al deudor le basta con hacer incierto el hecho del incumplimiento, pues ante esta incertidumbre por la propia mecánica y función de las normas de la carga de la prueba, el juez fallará contra la parte (acreedor) que asume el riesgo probatorio de los elementos que con arreglo a la ley sustantiva (art. 1.101 C. c.) fundan su pretensión, y absolverá, por tanto, al deudor de responsabilidad.

Cuando se trata de contratos de prestaciones recíprocas, el deudor podrá justificar su propio incumplimiento probando que si bien él no ha ejecutado su prestación, tampoco lo ha hecho su acreedor con la prestación respecto de la cual el deudor resulta acreedor de su acreedor (*exceptio non adimplenti contractus*, art. 1.100 *in fine*, art. 1.466), o que las condiciones patrimoniales de éste, han cambiado de tal manera que ponen en peligro la consecución de la contraprestación (artículo 1.467 C. c.). Se trata de dos medidas propias de los contratos sinalagmáticos, puestas para tutelar la contraprestación del deudor; la primera opera en los casos de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, la segunda en los casos de cumplimiento sucesivo (28). En ambos casos no se discute la prueba del incumplimiento (de la ausencia de total o exacto cumplimiento) dada por el acreedor, pero se alegan excepciones que tienen la virtualidad de oponer un

(27) Cfr. BARASSI, «Teoría generale...» cit., págs. 352 y ss.; ROPPO, op. últ. cit., pág. 245.

obstáculo temporal a la pretensión del mismo (29). Excepciones de las que, con arreglo al principio general de la carga de la prueba que se encierra en el artículo 1.214 Código civil, el deudor-demandado asume la carga probatoria de su contenido.

Pero la prueba que con carácter general establecen los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil respecto del deudor que no esté en condiciones de negar o discutir la prueba del acreedor (falta del resultado debido o inexactitud del mismo) es la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Esta es la prueba liberatoria por antonomasia, la prueba que en defecto del cumplimiento (o de su exactitud) ha de dar el deudor para quedar exento de responsabilidad.

Respecto de la prueba del incumplimiento como hecho material realizada por el acreedor-actor, la prueba de la imposibilidad liberatoria tiene el valor de contraprueba, ya que demuestra que los hechos fijados por el acreedor insatisfecho no tienen sustancia de incumplimiento: una vez verificada la extinción (imposibilidad liberatorio-extintiva) o la suspensión (imposibilidad temporal) de la obligación no se puede hablar ya de incumplimiento (30).

De este modo el reparto de la carga de la prueba se establece en materia de responsabilidad contractual en forma que, probado por el acreedor el incumplimiento (su materialidad, prueba inicial del incumplimiento), incumbe al deudor la prueba de la imposibilidad liberatoria que se comporta como hecho extintivo de la pretensión (de responsabilidad) actora (31), en tanto que es la única prueba que en defecto

(28) Claro que en los contratos sinalagmáticos con prestaciones diferidas en el tiempo «la excepción de incumplimiento contractual surtirá todos sus efectos si, una vez exigible la obligación posterior, ésta es reclamada sin haberse cumplido la obligación anterior» (DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., página 55).

En nuestro Derecho no existe un principio general —como el contenido en el artículo 1.461 Cciv. it. o en el parágrafo 321 del B. G. B.— que establezca la resolución (su posibilidad) en los contratos sinalagmáticos con cumplimiento de sus prestaciones diferido en el tiempo cuando el deudor primeramente obligado vea comprometido el conseguimiento de su contraprestación por grave alteración de las condiciones patrimoniales de su deudor recíproco (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*).

Pero tal regla general se deduce sin dificultad del artículo 1.467 Cc., sobre todo si se tiene presente que no existe obstáculo para su aplicación analógica, el carácter raquíntico de la regulación de las obligaciones recíprocas en el Cc. (como lo demuestra la falta de regulación general de la propia excepción de incumplimiento contractual y la insuficiencia del artículo 1.124 para la resolución de los contratos sinalagmáticos), y el carácter arquetípico que el contrato de compraventa tiene en la regulación del Cc. no ya sólo como contrato (ej. en la determinación del objeto, las formas de tradición) sino (y con más razón) como contrato bilateral (cfr., también, art. 1.502 y comp. art. 1.129-1).

(29) En este sentido BARASSI —op. y loc. últ. cit.— las califica gráficamente como «excepciones dilatorias».

(30) Vid. MENGONI, op. últ. cit., pág. 318.

(31) Cfr. MENGONI, *ibidem*, pág. 379; OSTI, voz cit. pág. 298.

Configuración de la imposibilidad liberatoria como hecho extintivo (constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor) que ya aparecía claramente

de la del cumplimiento-excluida por la prueba del acreedor-extingue la obligación, y una vez extinguida ésta (o demostrada su suspensión por causa de imposibilidad temporal no imputable) no existe posibilidad de incumplimiento, ni por tanto de responsabilidad, perdiendo toda relevancia la prueba del acreedor, pues el resultado cuya falta

en POTHIER (op. cit., III, 6, n. 656) cuando decía que el deudor de cosa determinada que no ha asumido a su cargo los casos fortuitos, cuando alega que la cosa por él debida ha perecido o se ha perdido, a él incumbe la prueba de los casos fortuitos, pues «si un demandante está obligado a suministrar la prueba de lo que sirve de fundamento a su demanda, el que se defiende está obligado igualmente a suministrar la prueba de lo que sirve de fundamento a su defensa». Así, el deudor que alega estar libre de la deuda por la pérdida de la cosa debida a caso fortuito, ha de probar aquello que justifica su defensa.

Que la prueba del caso fortuito, entendido en sentido amplio como prueba de la imposibilidad liberatoria, incumbiese al deudor en sus dos elementos, objetivo (imposibilidad de la prestación) y subjetivo (ausencia de culpa del deudor respecto de la producción de la imposibilidad) fue ya sostenido en la época de los glosadores por BULGARO en polémica con MARTINO. Para el primero el deudor de la restitución de una cosa no sólo ha de dar la prueba de la destrucción de la misma, sino de que ésta no le es imputable, pues la primera no basta a liberar al deudor (no es caso fortuito en sentido amplio —prueba liberatoria—) en tanto puede derivar de cualquier causa, no necesariamente fortuita (caso fortuito en sentido estricto), y por tanto sobre el deudor grava la prueba de su ajenidad a la causación de la destrucción, pues en tanto esta prueba no se dé, no se completa la prueba liberatoria que incluye como uno de sus elementos, precisamente, la no referibilidad del evento impeditorio al deudor (Cfr. MAFFEI, op. cit., pág. 143, y allí con relación al arrendamiento de un caballo: «*Bulgarus conductorem non tantum perdidisse, verum sine dolo et culpa perdidisse, probare dicit debet*»).

En cambio, los seguidores de MARTINO sostienen que al deudor de la cosa bastaba la prueba de su destrucción, incumbiendo al acreedor —para impedir la liberación de aquél— dar la prueba de la culpa o el dolo del deudor.

La opinión de MARTINO recogió mayor número de adhesiones en la época de los glosadores, incluso entre los propios discípulos de BULGARO. Sin embargo, la opinión de éste era la coherente con la noción subjetiva del caso fortuito asumida como predominante. Si el caso fortuito —prueba liberatoria— comprendía no sólo la prueba del evento impeditorio del cumplimiento, sino también la no imputabilidad del mismo al deudor (el caso fortuito en sentido restringido), el deudor al dar dicha prueba liberatoria debía probar ambos elementos en ella comprendidos.

El éxito de la opinión contraria en la época de los glosadores (Vid. MAFFEI, op. cit., págs. 151 y ss.) se explica, de un lado por la interconexión existente entre tesis objetivas y subjetivas del caso fortuito (la tesis de MARTINO es fruto de un entendimiento objetivo del caso), y de otro, por la influencia de los principios probatorios de la responsabilidad aquiliana, que exigen del acreedor la prueba de la culpa. Influencia distorsionante, pues el acreedor en la responsabilidad contractual exige el resarcimiento no sobre el fundamento de la culpa —que crea en el caso de la responsabilidad extracontractual una obligación previamente inexistente—, sino sobre la base de una obligación (preeexistente) insatisficha, sobre la base en suma, del incumplimiento.

Estas consideraciones explican que en la edad de los comentaristas, la opinión de BULGARO sea la predominante, en tanto la de MARTINO se circunscribe a aquellos casos en que «*qui de facili et frequenter eveniunt sine culpa debitoris ut sunt vis hostium, impetus aquarium et similes*», es decir, los supuestos tradicionales de caso fortuito, en los que se aplicaba la técnica probatoria de la presunción simple de ausencia de culpa.

denuncia (y que es el contenido de su prueba) ya no es debido, o en el caso de la imposibilidad temporal no imputable, no lo es en tanto ésta dure.

Sobre la calificación que la ley sustantiva (arts. 1.105-1.182, 1.184 Código civil) hace de la imposibilidad liberatorio-extintiva (caso fortuito en sentido amplio) como hecho impeditivo o extintivo de la pretensión creditoria de responsabilidad, opera la regla general de la carga de la prueba (art. 1.214 C. c.), en modo que es al deudor demandado a quien incumbe probarla (32), o más exactamente, a quien se adosa el respectivo riesgo probatorio.

En sustancia, el reparto de la carga de la prueba adosa al deudor la definitiva determinación del incumplimiento (aquella que resulta de la consideración del límite de la responsabilidad contractual), en tanto que al acreedor basta una prueba inicial del mismo, la de su materialidad. Pero una cosa es la manera como se distribuye la carga de la prueba entre acreedor y deudor, y otra la determinación del incumplimiento en sí (como presupuesto idóneo de responsabilidad, «imputable»), que se hace, con arreglo a las normas generales de responsabilidad, a partir del límite de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

La prueba liberatoria del deudor que simultáneamente extingue la obligación (o la suspende en el caso de la imposibilidad temporal), es una prueba compleja: el deudor ha de probar la sobrevenida imposibilidad de la prestación y que esta imposibilidad deriva de causa a él no imputable. A veces la prueba de la imposibilidad puede ser facili-

(32) Pues como reiterada jurisprudencia del T.S. tiene establecido sobre la base del artículo 1.214 Cc., al demandado incumbe la prueba de los hechos que alega (hechos impeditivos o extintivos) para neutralizar la pretensión del actor.

Véase la jurisprudencia citada en la nota 5, en que se repite que «el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones». Es particularmente clara la sent. T. S. de 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168): «si bien es principio indiscutible en materia de regulación probatoria que quien en juicio pretende hacer valer sus derechos debe probar los hechos que constituyen su fundamento, también lo es que cuando el litigante demandado sin rechazar los hechos alegados de contrario, opone otros con los que intenta hacer ineficaz la acción ejercitada por el actor, debe probar la realidad de aquellos hechos impeditivos u obstativos que dificultan que los fundamentos de la acción produzcan los efectos que le son propios, con lo cual queda repartida la carga de la prueba a tenor de lo que previene el artículo 1.214 del Código civil».

En la doctrina vid., SOTO NIETO, op. cit. pág. 128: «La alegación de imposibilidad de cumplimiento originada por sucesos de la índole indicada (caso fortuito o fuerza mayor), va encaminada al logro de un pronunciamiento de exoneración por la producción de efectos extintivos, y es el artículo 1.214 del Código civil el que predica que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Es, pues, el deudor directamente afectado el que habrá de acreditar la originação del acaecer encajable en los conceptos indicados —caso fortuito y fuerza mayor—, con la consiguiente constatación de su total ausencia de culpa y los efectos obstructores que han supuesto para el cumplimiento de la obligación»; CASTÁN, op. cit., pág. 183; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., pág. 716 (limitadamente a la responsabilidad por el *id quod interest*).

tada por el propio acreedor, pues del límite de responsabilidad acogido, deriva que la imposibilidad (imputable) de la prestación sea una forma de incumplimiento. Esto no contradice el dato de que la imposibilidad se integre en el riesgo probatorio del deudor en todo caso, pues de ello no deriva la necesidad que la prueba de la misma venga sólo de su actividad probatoria (33). Probada la imposibilidad —eventualmente por el acreedor— estará a cargo del deudor la prueba de la no imputabilidad a él de la causa que la ha originado (art. 1.183 C. c.).

Así como la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no plantea problemas, éstos surgen cuando se trata de delimitar el contenido de la prueba liberatoria del deudor respecto del otro elemento constitutivo del hecho liberatorio: la no imputabilidad al deudor de la causa de la imposibilidad sobrevenida. Y los problemas se plantean en orden a si la prueba liberatoria exige la identificación o no de la concreta causa que ha generado la imposibilidad de la prestación (34). Así, se ha sostenido (35) que el deudor como norma no ha de identificar la concreta causa que ha creado la imposibilidad de cumplir, sino que le basta demostrar su comportamiento diligente en orden a la evitación de la misma, mientras que la necesidad de identificación de la específica causa de la imposibilidad sería una peculiaridad de los supuestos del *receptum*, concebidos como de agravación respecto de la regla general.

En realidad, la aplicación normal de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil exige en todo caso la prueba de la específica causa de la imposibilidad, pues sólo puede determinarse la no imputabilidad al deudor de la imposibilidad sobrevenida, una vez que aquélla ha sido identificada (36).

La imputabilidad o no al deudor de la imposibilidad sobrevenida significa en términos de imputación según diligencia (criterio general *ex arts. 1.182 y 1.103-1.104 C. c.*) que el deudor se ha comportado o no con la diligencia del buen padre de familia o con la diligencia (técnica o no) exigible en orden a evitar la imposibilidad de cumplir.

(33) Como el propio T.S. ha tenido ocasión de señalar: «No puede darse a la distribución del *onus probandi* una aplicación tan rígida que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, impidiendo al Tribunal tener por existentes aquellas circunstancias que por sí mismas excluyen la acción, cuando resulten acreditadas por los documentos o pruebas aportados por cualquiera de los contendientes» (sent. 14 febrero 1949, RA. 103).

(34) Sobre la cuestión, vid. BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., págs. 170 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...» cit., págs. 211-2; OSTI, voz cit., págs. 298-9; MAJELLO, «Custodia e deposito» cit., págs. 230 y ss.; DISTASO, op. cit., pág. 235; GIORGIANI, «L'inadempimento» cit., págs. 244.

En Italia es instrumento para la discusión, el texto de la Relazione al Libro IV del Codice civile (n. 37): «La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarsi da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che in qualche caso potrà essere di per sé suficiente».

(35) MESSINEO, op. cit., pág. 238.

(36) Cfr. MAJELLO y COTTINO, opp. y locc. últ. citt.

En términos de imputación objetiva significa que la causa de la imposibilidad se sitúa o no fuera de la esfera de riesgo de la que el deudor debe responder (37). Con arreglo a uno u otro criterio de imputación, el deudor ha de probar la causa específica de la imposibilidad, pues sólo con la relación a la misma se puede medir el comportamiento idóneo o no para evitarla según la diligencia exigible en el caso, y sólo una vez identificada dicha causa se puede saber si se comprende o no en la esfera de riesgo de la que el deudor responde.

En realidad la doctrina que ve en la necesidad de identificación de la causa específica de la imposibilidad un agravamiento de la regla general de responsabilidad (y por tanto del contenido normal de la prueba liberatoria), no repara en que para el deudor la prueba de la no imputabilidad es siempre más difícil que la identificación de la concreta causa de la imposibilidad (38). Al deudor le es fácil demostrar que la imposibilidad de cumplir (o de hacerlo exactamente) se debe a un saqueo o a una huelga de transportes. La dificultad radica en la prueba de haber tomado frente a tales eventos las medidas idóneas (traslado de las cosas depositadas, previsión de un medio de transporte alternativo) para evitar la destrucción de las cosas debidas o el retraso en el transporte cuando aquellas medidas eran exigibles (39).

(37) Por ello en los casos de imputación objetiva, la prueba de la ausencia de culpa del deudor respecto de la causa que origina la imposibilidad de cumplir no basta para liberar al deudor.

Tal es el sentido de la remisión que se contiene en el artículo 1.183 Cc. al artículo 1.096 del mismo Código (la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor no obstante su ausencia de culpa) (cfr. GONZÁLEZ PORRAS op. cit., páginas 282-3).

(38) Cfr. OSRI, op. y loc. últ. citt.

(39) Y lo mismo se diga para otros supuestos como el robo o el *«factum principis»*, la dificultad no estriba tanto en su identificación como en la prueba de que la imposibilidad de ellos derivante se ha producido no obstante el empleo de todas las medidas del deudor exigibles (mecanismos de seguridad, recursos contra el acto administrativo) con arreglo a la diligencia debida. Respecto de la resistencia frente al *«factum principis»* (ej. expropiación, acto administrativo que prohíbe la circulación comercial de un producto) como necesaria para la no imputabilidad al deudor de la imposibilidad de él derivante (que, en definitiva, significa la no automaticidad liberatoria de la sobrevenida actuación administrativa), cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ibidem*, páginas 261-2 y 289-90. Esta necesidad ha sido especialmente puesta de relieve en la doctrina y jurisprudencia italianas (vid. BIANCA, op. últ. cit., págs. 110 y ss., y VEIRANA, «Factum principis e impossibilità sopravvenuta della prestazione», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, I, págs. 915 y ss., con abundantes aplicaciones jurisprudenciales).

Tampoco esta exigencia es ajena a la jurisprudencia española. Emblemático a este respecto, es el caso resuelto por le sent. T. S. d 18 junio 1951 (R. A. 1880). Una sociedad hidráulica es demandada por incumplimiento contractual al haber realizado una derivación o toma de aguas en lugar y condiciones (presión del agua) distintas de las pactadas. El Tribunal *a quo* y la Audiencia estimaron que la inexactitud del resultado debido obedecía a fuerza mayor (*factum principis*), en tanto que derivada de una decisión de la autoridad, y, por tanto, el deudor no respondía.

Sin embargo, el Supremo, tras precisar que la decisión administrativa procedía de una autoridad (Dirección de Caminos) no competente y que no era una orden, sino un ruego, añade: «aun en el supuesto de no haber sido así, pudo

La responsabilidad del deudor no cumplidor por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causas ignotas, no es sino una consecuencia normal de la distribución de la carga de la prueba, como resulta de los artículos 1.101 y 1.105-1.182, 1.184 C. c.; pues en tanto que del proceso no resulte la concreta causa que generó la imposibilidad, no se completa el hecho liberatorio-extintivo con sus dos elementos (caso fortuito en sentido amplio), al no poderse establecer la imputabilidad al deudor del evento impeditorio del cumplimiento. La incertidumbre de uno de los elementos del hecho liberatorio basta para que con arreglo a las normas de la carga de la prueba (art. 1.214 C. c.)—al demandado incumbe la prueba de los hechos impeditorios de la pretensión actora— el juez falle contra la parte (deudor) sobre la que la ley descarga este riesgo probatorio: no resultando de la prueba efectuada la verificación del hecho liberatorio (con sus dos elementos concurrentes), la obligación subsiste y subsiste insatisfecha (con arreglo a la prueba del acreedor) y, por tanto, la responsabilidad del deudor se afirma (40).

También para la doctrina de la culpa el deudor que (no obstante su diligencia) no alcance a probar la ausencia de aquélla, responde con arreglo a la distribución asumida de la carga de la prueba. Es, en suma, conforme a las reglas de la carga de la prueba que el riesgo de la incertidumbre probatoria del hecho extintivo de la pretensión creditoria pese sobre el deudor y no sobre el acreedor.

y debió la Hidráulica utilizar los recursos legales antes de dar cumplimiento a dicha orden, sin que la existencia de la misma signifique (por si sola, añado) un caso de fuerza mayor que exima de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a la mencionada entidad». De modo que al «no poner objeción ni reparo» a la decisión administrativa, la sociedad hidráulica «no obró con la debida diligencia» (esta diligencia debida, se refiere por el Alto Tribunal al cumplimiento, pero es obvio que —sin dejar de ser debida— se refiere a la actividad del deudor para preservar la posibilidad del cumplimiento. Precisión ésta de carácter estrictamente dogmático, que no afecta —claro es— a la justicia de la decisión, que es, en definitiva, lo que interesa al Juez).

(40) Esta responsabilidad por las causas desconocidas resulta con claridad de la jurisprudencia del T.S. Así se dice en la sent de 30 de junio de 1952 (R.A. 1535), para el caso de un incendio de una partida de tejidos: «que para eximirse el señor E. de la obligación contractual de devolver la cosa siniestrada en su poder, o de resarcir el daño derivado de tal pérdida, sería preciso que hubiera justificado que ésta fue debida a caso fortuito, lo que, según también asevera la Sala, ni siquiera se alegó; y siendo doctrina de este Tribunal —sentencias de 7 de octubre de 1899 y 26 de marzo de 1928, entre otras— que no todo incendio es debido a caso fortuito, y que no basta a estimar que tenga tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas», se afirma la responsabilidad del deudor.

En el fragmento transscrito, dicho sea incidentalmente, se contiene, además de la responsabilidad por las causas ignotas, un significativo e implícito reconocimiento jurisprudencial de la mayor dificultad de la prueba de la no imputabilidad respecto de la identificación de la concreta causa de la imposibilidad («no todo incendio es debido a caso fortuito»).

Cfr. también, CASTÁN (op. cit., pág. 183): «al no aparecer demostrada la causa productora de un siniestro, no puede el Tribunal considerar el accidente como caso fortuito» (vid. allí citas de jurisprudencia).

Por ello la defensa del acreedor frente a la pretensión liberatoria del deudor (contraria a la suya resarcitoria) consiste en discutir los elementos de la prueba liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la identificación de la causa de la misma y la no imputabilidad —con arreglo a la diligencia debida, o eventualmente objetiva— al deudor de la causa identificada.

4) *Obligaciones de medios y deberes de protección*

La aplicación de los principios generales de la carga de la prueba hasta aquí expuestos, ha planteado alguna dificultad en los casos de las obligaciones de medios y de los llamados deberes de protección (41).

En relación a las primeras se ha sostenido, sobre todo en la doctrina francesa (42), que la principal virtualidad de la distinción de las obli-

(41) Cfr. GIORGIANNI, «L'inadempimento» cit., págs. 298-9; BIANCA, op. últ. cit., págs. 168 y ss.

(42) Vid. TUNC, op. cit., págs. 132 y ss.; MENGONI, op. últ. cit., págs. 313 y ss. y 366 y ss.; MAJELLO, op. últ. cit., págs. 194 y ss.

Una completa panorámica de la doctrina francesa en la materia, puede verse en H. y L. MAZEAUD-A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de la 5.^a ed. francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, I, vol. 1, 1961, n. 103-2 y ss., págs. 126 y ss., y I, vol. 2, 1962, n. 692 y ss., págs. 398 y ss.; y G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en el tratado dirigido por J. Ghastin, París, 1982 págs. 628 y ss.

En la doctrina y jurisprudencia francesas actuales, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha adquirido un carácter de *summa divisio* y de instrumento explicativo clave de la responsabilidad contractual en general y de la materia de la carga de la prueba en particular.

Así, las obligaciones de actividad o de medios se hayan presididas por las normas de la diligencia (art. 1.137 Ccf. y normas concordantes) y es al acreedor-actor que pretende la responsabilidad, a quien incumbe la carga de la prueba de la culpa (*faute prouvée*) del deudor-demandado. En cambio, las obligaciones de resultado se enmarcan en las normas del caso fortuito, la fuerza mayor y la «causa extraña no imputable» (arts. 1.147, 1.148 Ccf. y normas concordantes), en ellas el deudor no cumplidor (que no ha obtenido el resultado debido, cuya falta incumbe probar al acreedor) se presume en culpa (*faute présumée*), y es a este deudor a quien incumbe eludir su responsabilidad con la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la *concreta* «causa extraña a él no imputable» que le imposibilitó de cumplir (mientras al deudor de una obligación de medios le basta para eludir su responsabilidad probar que ha sido diligente).

Cfr. R. DEMOCUE (iniciador de la distinción en Francia), *Traité des obligations en général*, tomo V, París, 1925, n. 1237 págs. 536 y ss.; H. MAZEAUD (que altera la terminología), «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», en R.T.D.C. 1936, págs. 1 y ss., y allí, páginas 5 y 22 y ss, espec. págs. 52 y ss.; C. THOMAS, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», en *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, 1937, págs. 636 y ss., y allí, págs. 640 y ss.; CARBONNIER J., *Théorie des obligations*, París, 1963, págs. 271 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y prácticas. Théorie générale*, París, 1969 (4 ed. rev. por M. de Juglart), págs. 14 y ss. *Théorie générale*, París, 1969 (4 ed. rev. por M. de Juglart), págs. 14 y ss. y 315 y ss.; A. PLANQUEEL, «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge

gaciones en de medios y de resultado estaría en la inversión de la carga de la prueba que se introduciría en las primeras respecto de las segundas.

Así se ha sostenido (43) que la regla probatoria del artículo 1.315 del Código civil francés sólo se aplicaría a las obligaciones de resultado. Sólo en éstas con arreglo a criterios de idoneidad para la prueba es justo que el incumplimiento se presuma, de modo que al acreedor basta dar la prueba de la obligación para exigir la responsabilidad por incumplimiento, incumbiendo por el contrario dar al deudor o bien la prueba del cumplimiento (que se concibe como tema fijo de prueba del deudor) o la del caso fortuito.

En cambio, las obligaciones de medios se sustraerían a la regla del artículo 1.315, y en ellas sería el acreedor el que habría de probar la culpa del deudor. Ello se justifica, igualmente, con arreglo a criterios de idoneidad de prueba, derivados del propio contenido de tales obligaciones que hace que en ellas lo normal sea el cumplimiento (44).

A ello se ha replicado en primer término (45) que el artículo 1.315 no es más que la aplicación para el caso de la pretensión de cumplimiento de la regla general de la carga de la prueba, pero no es esta

de la preuve en cas d'inexécution», en R.T.D.C., 1972, págs. 334 y ss.; SAVATIER, R. *La théorie des obligations en droit privé économique*, París, 1979, 4 ed., págs. 188 y ss., y pág. 286; WEILL-TERRÉ, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, París, 1980 (3 ed.), págs. 3 y ss., y 441 y ss.; G. VINEY, op. y loc. citt.

Los autores más recientes —vid. espec. WEILL-TERRÉ y VINEY— introducen matizaciones en el funcionamiento puramente esquemático de los dos principios de responsabilidad contrarios, siguiendo en esto, fundamentalmente, apreciaciones de ESMEIN, «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle», en R.T.D.C., 1933, págs. 627 y ss., espec. páginas 642 y ss.; *L'obligation et la responsabilité contractuelles*, en *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, II, París, 1950, págs. 101 y ss., y allí, págs. 107 y ss.; y en el tratado PLANIOU-RIPERT, tomo VI, *Obligations* (1.^a parte), París, 1952 (2.^a ed.), págs. 490 y ss. Vid., también, MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, I, *Les obligations*, París, 1962, págs. 502 y ss., espec. págs. 510 y ss., y FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965, págs. 95 y ss.

La obra de TUNC, repetidamente citada, se maneja aquí en su versión en italiano («Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», publicada en la *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-8, I, págs. 126 y ss. La versión original francesa se halla en *Sem. Jur.* (J.C.P.), 1945, I, págs. 449 y ss. («La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence»).

(43) TUNC, op. y loc. citt.

(44) En España, en este mismo sentido, LACRUZ (op. cit., pág. 105): «En las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento (cfr. art. 1.183): al acreedor le bastará demostrar la obligación y afirmar la inejecución para que sea el deudor quien haya de hacer patente su diligencia.

En las obligaciones de medios ninguna presunción ayuda al acreedor, quien habrá de probar que el deudor se comportó con negligencia o (en la culpa profesional) faltó a las reglas técnicas».

La razón de ser de esta discriminación no se explica debidamente por LACRUZ, pues del mismo modo que el artículo 1.183 no ofrece base para la distinción a efectos de la carga de la prueba entre los diversos elementos del resarcimiento (cfr. *ibidem*), tampoco la ofrece para operarla entre las dos mencionadas categorías de obligaciones.

(45) MENGONI, *ibidem*, págs. 317-8.

misma. Con arreglo a dicha regla general —el actor ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión— al acreedor que acciona por la responsabilidad incumbe la prueba del incumplimiento (de su materialidad) que alega, no bastando la de la mera existencia de la obligación.

Además, y sobre todo, se ha puesto de manifiesto (46) como la doctrina francesa confunde los planos de la materialidad del incumplimiento (prueba inicial del mismo dada por el acreedor) con el de su justificación (prueba liberatoria del deudor).

La diferencia entre obligaciones de medios y de resultado opera en el primer plano, es decir, en el de la prueba por el acreedor de la ausencia del exacto resultado debido. Prueba que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios respecto de las cuales se denuncie su inexactitud, consiste en la prueba de la falta de la diligencia debida, prueba de la culpa entendida como violación de la norma de conducta (técnica o no) exigible. En cambio, cuando se trata de obligaciones de resultado, dicha prueba se concreta en la de la falta o defectuosidad del *opus* debido, de la alteración de la realidad física en que el resultado debido consiste.

Pero tanto en una como en otra clase de obligaciones y sea para el incumplimiento total como para el inexacto, al deudor le es dado excluir el incumplimiento probado inicialmente por el acreedor a través de la prueba liberatoria. Mediante ésta, en definitiva, el deudor prueba que la infracción de la obligación que el acreedor ha demostrado se ha producido más allá del límite en que resulta relevante para determinar su responsabilidad.

Pues bien, la prueba de la culpa que el acreedor ha de suministrar en las obligaciones de medios se refiere no ya al plano de la liberación-responsabilidad del deudor, sino al de la prueba de la materialidad del incumplimiento (inexacto), de la falta del exacto resultado debido con arreglo al contenido propio de tal clase de obligaciones.

Admitir lo contrario, es decir, sostener una auténtica inversión probatoria a cargo del acreedor, supondría adosar a éste la prueba de la ausencia de un hecho impeditorio de su pretensión (47) en contraste con la distribución de la carga de la prueba operada en modo general por la ley (y no modificada en este caso expresamente) que pone el riesgo de la incertezza o ausencia de la prueba liberatoria (hecho impeditorio de la pretensión creditoria y constitutivo de la liberatoria del deudor) a cargo del demandado (deudor).

Por otra parte, dicha inversión probatoria no se admite desde el momento en que se dice que también el deudor incumplidor (o mejor

(46) Vid. MENGONI, *ibidem*, págs. 376 y ss.; MAJELLO, *ibidem*, págs. 197-8; BIANCA, *ibidem*, págs. 168-9; MICHELI, «L'onere...» cit., págs. 446 y 448, nota 31; OSTI, voz cit., pág. 298; MANCINI, op. cit., págs. 46-7; TRIMARCHI, «Istituzioni...» cit., pág. 350.

(47) Pues se adosaría al acreedor, no ya la prueba del incumplimiento en su materialidad, sino de la culpa como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida, probada la cual se excluye la concurrencia del hecho liberatorio, uno de cuyos elementos es la no imputabilidad de la imposibilidad (en su causación) al deudor.

aún, no cumplidor) de una obligación de medios puede dar la prueba liberatoria (48).

En definitiva, las obligaciones de medios no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. La distinción entre la esfera de la prueba inicial del incumplimiento (de su materialidad, de la falta del exacto resultado debido) y la de la responsabilidad-liberación (la consideración del límite de la

(48) El propio TUNC (op. cit., pág. 137) descarta que la distinción entre ambas categorías de obligaciones estribe en la aplicación de dos reglas de responsabilidad distintas. El artículo 1.147 del Cc. francés se aplica a las obligaciones de medios y a las de resultado.

Desde el momento en que la regla de responsabilidad es sólo una, la prueba liberatoria es, también, sólo una y la carga de la prueba es la misma. En realidad, admitido que al deudor no cumplidor cabe siempre la prueba liberatoria (la misma), resulta implícitamente que la prueba de la culpa a dar por el acreedor en las obligaciones de medios, se refiere al incumplimiento en su materialidad fáctica y no al plano de la liberación-responsabilidad. En verdad la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en TUNC, parte del defectuoso entendimiento del artículo 1.315 Cc. francés, erróneamente interpretado en el sentido de que normalmente al acreedor no incumbe la prueba del incumplimiento (de su materialidad), sino sólo de la obligación, y, en cambio, cuando se trata de obligaciones de medios sí ha de probarlo (culpa como sinónimo de falta de —exacto— resultado debido).

No es que el acreedor deba probar la ausencia del hecho impeditivo de su pretensión (culpa como criterio de responsabilidad), sino que ha de dar la prueba de la infracción de la obligación (culpa como prestación defectuosa) que es hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria. Prueba ésta de la materialidad del incumplimiento que incumbe al acreedor en toda suerte de obligaciones y que en el caso de las de medios consiste en la culpa (tratándose de incumplimiento inexacto) como defectuosa realización de la diligencia debida.

Es decir que las obligaciones de medios en orden a la prueba del acreedor, no presentan otra particularidad que la del contenido propio de la prueba de su infracción, que no es más, a su vez, que una consecuencia del contenido propio de la prestación que constituye su objeto.

Sin embargo, no ha faltado en la doctrina francesa la confusión entre uno y otro ámbito de la culpa (materialidad del incumplimiento y su prueba inicial por una parte y liberación-responsabilidad por otra), de modo que se ha llegado a sostener que probada la culpa del deudor por el acreedor en las obligaciones de medios a aquél no le cabe ya dar la prueba liberatoria (Cfr. para las referencias, MENGONI, *ibidem*, págs. 19-320). A los mismos resultados debería conducir el planteamiento de LACRUZ, antes transcripto, pues se habla de «culpa» no ya en el plano de la materialidad del incumplimiento sino de la responsabilidad-liberación («imputabilidad» del incumplimiento), y se concibe la culpa como fundamento y límite (ausencia de culpa, diligencia) de responsabilidad. Probada la culpa por el acreedor, al deudor ya no le cabría exonerarse, pues el límite de la responsabilidad (ausencia de culpa, única prueba que libera al deudor en ausencia del exacto cumplimiento) se excluye por la prueba del acreedor.

De este modo, como dice MENGONI, la doctrina francesa a que se alude, no ha comprendido las implicaciones sustantivas de las reglas de la carga de la prueba, pues una tal inversión probatoria significa, simultáneamente, una alteración de las reglas de la responsabilidad, significa constituir la culpa en límite y fundamento de la responsabilidad. De modo que se coloca al acreedor insatisfecho en la alternativa de, o dar la prueba de la culpa (en cuyo caso al deudor no cabe dar prueba liberatoria contraria) o de no poder hacer efectiva la responsabilidad contra el deudor.

responsabilidad), la primera presupuesto lógico de la segunda, se mantiene también en las obligaciones de medios. Al primer ámbito pertenece la prueba de la culpa (como prueba de la inexactitud de la prestación, art. 1.101 C. c.) del deudor dada por el acreedor. Al segundo ámbito, la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil que ha de dar el deudor si quiere excluir el incumplimiento (y por ende, la responsabilidad); prueba liberatoria en que la ausencia de culpa del deudor es sólo uno de sus elementos.

Ha sido la teoría tradicional de la culpa la que ha favorecido la confusión de ambos planos al concebir a la culpa como fundamento y límite de la responsabilidad contractual, de forma que la prueba de la culpa del deudor (confundiendo aquí la culpa-incumplimiento material, infracción contractual, con la culpa-criterio de responsabilidad-liberación) dada por el acreedor, agotaría el juicio de responsabilidad, no cabiendo ya prueba contraria por parte del deudor.

Por lo que se refiere a los deberes de protección, se ha sostenido en la doctrina alemana (49) que en la responsabilidad dimanante de su infracción, de forma análoga que en la responsabilidad extracontractual y en modo contrario a lo que sucede con la responsabilidad contractual derivante de la infracción del deber de prestación, incumbe al acreedor dar la prueba de la culpa del deudor y no a éste dar la prueba de su ausencia.

También aquí se confunde la culpa con la materialidad de la infracción (prueba inicial del incumplimiento a dar por el acreedor). Siempre que se esté en el ámbito de la responsabilidad contractual, es decir, en el ámbito de la violación de obligaciones específicas preconstituidas por ley o derivantes de la buena fe como fuente integrativa del contrato, se está en el ámbito del artículo 1.214 en conexión con los artículos 1.101 y 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

Es decir, en tanto que al acreedor (dañado en un interés de protección) incumbe la prueba de la materialidad de la infracción del deber invocado (prueba del daño y de su derivación en modo esencial, no ocasional de la actividad de cumplimiento de una relación obligatoria); al deudor (dañante) incumbe la prueba de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil, válida para todo el ámbito de la responsabilidad contractual (50) (51).

(49) Vid. MAJELLO, op. últ. cit., pág. 200 y ss.; MICHELI, «L'onere...» cit., página 441, nota 10; GIORGIANI, op. últ. cit., págs. 298-9; BIANCA, op. últ. cit., pág. 169; MENGONI, op. últ. cit., pág. 374.

En la literatura alemana: LEONHARD, «Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.», Munich y Leipzig, 1929; STOLL, «Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung», en *Arch. civ. Praxis*, 136 (1932) y RAAPE, «Die Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen», en *Arch. civ. Praxis*, 147 (1941), este último en contra de la doctrina de la inversión.

(50) Una aplicación de la regla general de la responsabilidad contractual a los deberes de comunicación o aviso en el Derecho italiano, puede verse en MENGONI, *ibidem*, pág. 382.

(51) De este modo se acepta la tesis de MAJELLO (op. y loc. últ. citt. y «L'onere della prova nell'accertamento della responsabilità del depositario», en *Banca, bors. e tit. cred.*, 1960, II, págs. 325 y ss.) sólo en la parte de que la

En suma, sobre el acreedor-actor grava en todo caso —también cuando se trata de obligaciones de medios o de deberes de protección— la prueba del hecho de la infracción debitoria que constituye el fundamento de su pretensión resarcitoria.

Esta prueba, cuando se trata de obligaciones de medios de cuya realización se denuncia su defectuosidad, reviste, por el propio contenido de la prestación, la forma de la prueba de la falta de la diligencia debida (culpa).

Sobre el deudor-demandado grava —también en todo caso— la

responsabilidad por infracción de un deber de protección no implica una inversión de la carga de la prueba liberatoria, que incumbe, siempre que se trate de responsabilidad contractual, al deudor. Pero se rechaza, por el contrario, cuando afirma que el contenido de la prueba del acreedor es distinto según se trate de responsabilidad por custodia o por imposibilidad sobrevenida (MAJELLO califica como deberes de protección el deber de custodia y el de preservar la posibilidad de la prestación), o de cualquier otro deber de protección, que tendría su entronque en la fórmula genérica del artículo 1.176 Cciv. it. En el primer caso el acreedor no habría de probar la causa del daño sufrido y su reconducción al *factum debitoris*, en tanto que en el segundo sí, pues, según MAJELLO, las dos primeras son formas de responsabilidad por las causas extrañas, en tanto que la segunda es una forma de responsabilidad por causas internas a la esfera del deudor que produzcan daño al acreedor con ocasión del cumplimiento.

La distinción entre causas internas y extrañas es arbitraria, pues todas las causas que inciden dañosamente en el acreedor a través de los medios del cumplimiento acaban por ser consideradas —mediatamente— por MAJELLO internas al deudor («Custodia e deposito», cit., págs. 142-3, 206, 211 y ss.).

Asimismo se rechaza que la prueba liberatoria a dar por el deudor en los casos de deberes de protección sea distinta de la general de la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos (caso fortuito en su acepción amplia), y se circunscriba a la ausencia de culpa («Custodia e deposito» cit., págs. 107 y ss., 163 y 219-220, y «L'onere...» cit., págs. 329 y ss.). Pues no es lícito argumentar de la diligencia-criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida y de la custodia tras el vencimiento de la obligación principal de entrega (que se confunde con ella), para concluir que tratándose de deberes de protección la prueba de la imposibilidad no tiene sentido. Pues si la prueba de la imposibilidad no tiene sentido respecto de la diligencia a emplear para evitar la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ello se debe a que funciona como criterio de imputación, como elemento del hecho liberatorio complejo que integra la regla de responsabilidad-liberación de los artículos 1.105-1.182 y 1.184 CC, regla que se aplica en el ámbito de la responsabilidad contractual, pero que es absurdo aplicar en el interior de ella misma segregando uno de sus elementos.

No existe más que una regla de responsabilidad contractual y (consiguientemente) una sola prueba liberatoria, la de los mencionados artículos del Cc. El concebir la diligencia como regla de responsabilidad contractual (con fundamento en la culpa y límite en la ausencia de culpa) no puede ser sino productor de equívocos, y choca con el propio contenido de la diligencia como criterio de cumplimiento.

La no aplicabilidad de los artículos 1.105-1.182 1.184 Cc. a la diligencia como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida (que, caso dè admitirse, supondría que el deudor podría dispensarse de su negligencia causante de la imposibilidad, por imposibilidad a él imputable de prestar la debida diligencia, prueba alargable hasta el infinito), es una consecuencia derivada de su propio carácter de elemento a se integrado en la regla de responsabilidad-liberación de dichos artículos, y no de su (eventual) naturaleza de deber de protección.

prueba de la imposibilidad liberatoria-extintiva (caso fortuito en su acepción amplia) como hecho extintivo de la pretensión creditoria y constitutivo de la liberatoria del deudor, merced a su carácter de límite de la responsabilidad contractual, más allá del cual desaparece el fundamento último (el vínculo obligatorio) de ésta.

5) *Implicaciones y fundamento de la distribución de la carga de la prueba asumida*

La forma en que en el Código civil se distribuye la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, hace que al acreedor, como regla general, baste la prueba inicial del incumplimiento, la de la insatisfacción de su derecho («cualquier modo de contravención» de la obligación, dice el artículo 1.101 C. c.) para que la responsabilidad del deudor no cumplidor venga afirmada (52). Es el deudor que pretende liberarse de la responsabilidad, quien ha de excluir la relevancia de la prueba del acreedor, demostrando que la falta del resultado que éste prueba, es irrelevante porque, dada la prueba liberatoria, deja de ser un resultado debido, ya que, extinguida la obligación (o, en el caso de la imposibilidad temporal no imputable, mientras se suspenda su eficacia) no cabe ni incumplimiento, ni, por tanto, responsabilidad.

La manera en que se distribuye la carga de la prueba pone, en suma, a cargo del deudor la determinación definitiva del incumplimiento, de modo que la responsabilidad del deudor puede venir afirmada sobre la base de la prueba inicial del acreedor, siempre que el deudor no alcance a demostrar el hecho liberatorio complejo en cada uno de sus elementos (imposibilidad sobrevenida de la prestación, individualización de la causa de la misma y no imputabilidad de ésta al deudor). El carácter complejo del hecho liberatorio determina que el deudor responderá, no obstante su ausencia de culpa o la idoneidad de sus medidas, cuando de su prueba no resulte la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En la base de esta distribución de la carga de la prueba, como de la formulación misma del límite de la responsabilidad contractual, está la exigencia de la tutela del crédito (53). Lo que significa que se tutela la posición creditoria en abstracto (cualquiera puede asumir esa posición, y ser sucesivamente deudor y acreedor), de forma que, a través de esa tutela, se favorece la certeza y la seguridad de las transacciones, y al aumentar el porcentaje de obligaciones cumplidas (pues al deudor se exige el máximo de esfuerzo en el cumplimiento) se favorece el desarrollo del entero sistema económico.

(52) Cfr. MAJELLO «Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana» en «Fondamento e funzione della responsabilità civile», Nápoles, 1975, bajo la dirección de V. BUONOCUORE y U. MAJELLO, págs. 7 y ss., y allí, pág. 13; GALGANO, «Diritto privato» cit., pág. 198.

(53) Vid. GALGANO, op. y loc. citt.; BARASSI, «Teoria generale...» cit., páginas 350 y 354.

Que la prueba de la insatisfacción del acreedor sea bastante para la afirmación de la responsabilidad, y que sea el deudor quien tenga que excluir su relevancia (excluyendo el incumplimiento mismo con la prueba de la extinción de la obligación) no es más que la plasmación en términos jurídicos de exigencias económicas que están en la base del Derecho de obligaciones como Derecho del intercambio.

La consideración de estas exigencias, ha permitido a Trimarchi (54) poner de relieve una serie de aspectos que configurarían la justificación «económica» (o economicista) de la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. Así, en primer término, será el deudor normalmente la persona más idónea para adoptar las medidas necesarias para evitar el daño, y ello porque es el deudor el que dirige y controla la ejecución de la prestación. En segundo lugar, las medidas adoptables por el acreedor para reducir la cuantía del daño, son casi siempre también adoptables por el deudor y a un menor costo (p. ej., control de los defectos de fabricación). En tercer lugar, las medidas que el deudor adopta para prevenir el daño son más eficaces que las del acreedor, pues en tanto las de éste cubren normalmente sólo las consecuencias dañinas que el sistema de la responsabilidad deja a su cargo (el daño no indemnizable), las adoptadas por el deudor cubren generalmente todas las consecuencias dañinas del incumplimiento. Por tanto, a igualdad de gasto, es preferible que provea el deudor. Finalmente, cuando se trata de imputación objetiva, el deudor responde del incumplimiento causado por un evento que se incluya en su esfera de riesgo, aunque en el estado actual de desarrollo tecnológico no existan técnicas para evitarlo, de modo que la imputación positiva a pesar de ello, tiene la virtualidad de impulsar el progreso tecnológico.

La manera en que se configura el sistema de la responsabilidad contractual, pues, hace, dada la distribución de la carga de la prueba y el carácter riguroso del límite de la responsabilidad contractual (y consiguientemente, la dificultad de la prueba liberatoria), que el acreedor insatisfecho normalmente actúe su pretensión resarcitoria una vez dada la prueba de su insatisfacción. La afirmación de la responsabilidad es lo normal y la liberación del deudor no cumplidor lo excepcional.

De este modo la responsabilidad funciona, coherentemente con la estructura de la obligación, como consecuencia normal de la obligación insatisfecha (no cumplida), mientras el deudor que pretenda liberarse una vez probada por el acreedor su insatisfacción, ha de excluir el fundamento último del que deriva la responsabilidad: la obligación misma (55).

Si algún sentido hay que dar a la doctrina y jurisprudencia que frecuentemente sobre la base de los artículos 1.101 y 1.183 Código

(54) «Sul significato...» cit., págs. 522-3.

(55) Comp. SCOGNAMIGLIO, voz cit., pág. 673: «Invero il debitore come tale, è tenuto in ogni caso ad adempiere, o a prestare in linea surrogatoria il risarcimento, cossichè, e coerentemente, può esonerarsi da responsabilità solo se prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

civil hablan de una «presunción de culpa» por el hecho del incumplimiento (de su materialidad, de la falta o defectuosidad del resultado debido) (56), es el de que una vez dada por el acreedor la prueba de su insatisfacción (de la materialidad del incumplimiento, art. 1.101 Código civil), la responsabilidad del deudor no cumplidor es lo normal («se presume»), y sólo si el deudor alcanza a dar la (no fácil) prueba liberatoria, se producirá la liberación que, coherentemente con las exigencias de tutela del crédito, de fomento del desarrollo del tráfico a través de su seguridad, es lo anómalo.

6) *Responsabilidad contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba*

Es afirmación corriente en la doctrina y jurisprudencia (57), que la regulación de la carga de la prueba en materia contractual produce una inversión de su distribución con arreglo a los principios generales. Inversión de la carga de la prueba, que junto a la distinta medida del resarcimiento (que en la responsabilidad aquiliana es siempre total) y el diferente plazo de prescripción de las respectivas acciones, sería uno de los elementos de distinción a nivel normativo entre ambas formas

(56) Vid. SANTAMARÍA, op. cit., pág. 21; ESPÍN, op. cit., pág. 204; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pág. 278; ALBALADEJO, op. cit., pág. 117; SOTO NIETO, op. cit., página 128; LACRUZ, op. cit., pág. 105 (que restringe el ámbito de la presunción a las obligaciones de resultado); recogen la doctrina común, también con reservas o criticándola: CASTÁN op. cit., pág. 172; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, op. cit., página 248, y DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., pág. 715.

Ejemplo jurisprudencial, entre muchos otros, es la sent. T.S. de 30 abril de 1959 (R.A. 1981): «Que al existir, en efecto, un contrato celebrado entre el actor y la empresa de transporte... es en razón a su incumplimiento, al producirse el daño, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionan al viajero, de los que debe responder con arreglo al principio fundamental de derecho de que no hay responsabilidad sin culpa, aquel que es origen de ésta, culpa que se presume en todo incumplimiento de contrato».

(57) Cfr ESPÍN, op. cit., págs. 204 (espec. nota 11) y 473; LACRUZ, op. cit., página 211; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pág. 312; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., página 609 *sub b*) (críticamente); CASTÁN, op. cit., pág. 172; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., páginas 278-279; BETTI, op. cit., págs. 148-9; GALGANO, «Diritto privato» cit., pág. 339; RUGGIERO-MAROI, op. cit., pág. 90; TRABUCCHI, op. cit., págs. 212 y 560; SCOGNAMIGLIO, voz cit., pág. 673.

En la jurisprudencia es significativa, entre otras, la sent. T. S. de 4 de octubre de 1935 (R.A. 1809), ya citada: «Que aun siendo marcadamente diferente el régimen de la prueba en la teoría de la responsabilidad contractual, o sea la derivada de la violación de las obligaciones contractuales, a la que hace referencia nuestro Código civil en sus artículos 1.101 y siguientes, y en el cuadro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, emanada de los hechos ilícitos y que reglamentan los artículos 1.902 y sucesivos del propio cuerpo legal, es obvio que ambas especies jurídicas presuponen, para su reconocimiento y efectividad judicial, la actividad probatoria del demandante, que en la primera ha de demostrar la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento ... y en la segunda ha de acreditar cumplidamente, no sólo que existe el daño, sino que este daño procede de culpa atribuible al demandado».

de responsabilidad. De modo que mientras en la responsabilidad extracontractual incumbe al acreedor (dañado) la prueba de la culpa del deudor (dañante), por el contrario en la responsabilidad contractual es el deudor quien ha de dar la prueba de la ausencia de culpa suya.

Esta contraposición del régimen de la carga de la prueba en ambas formas de responsabilidad ha sido negada, en primer término, por quienes entienden, que la prueba de la ausencia de culpa ha de darse por el deudor tanto en el caso de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual. Tal fue la tesis sostenida por Carnelutti (58) a principios de siglo, y en tiempos más recientes retomada por Majello (59).

Carnelutti (60) partía de una correcta interpretación del artículo 1.312 Código civil italiano de 1865 (equivalente a nuestro artículo 1.214 Código civil), en el sentido de que era una aplicación para el supuesto de la pretensión de cumplimiento del principio general de la carga de la prueba, principio que se expresaba en términos de que quien pretende el reconocimiento judicial de un derecho, debe probar el hecho o serie de hechos que lo constituyen (hecho constitutivo), y el que se le opone, debe probar, a su vez, el hecho o la serie de hechos que lo extinguen (hecho impeditivo o extintivo). Es este principio general de la carga de la prueba, el que se ha recogido en el nuevo Código civil italiano en su artículo 2.697.

La norma general que Carnelutti inducía del artículo 1.312 Código civil italiano de 1865, era, asimismo correctamente, calificada como norma procesal, en el sentido de que la consideración en cada caso de los hechos como constitutivos o extintivos a los efectos de la distribución de la carga de su prueba, era algo que se determinaba por la norma de Derecho sustantivo de cuya aplicación se tratase.

Pues bien, en el caso del incumplimiento, con arreglo a los principios generales, el acreedor que pretendiese el resarcimiento, habría de probar, no sólo la existencia de la obligación, sino el *hecho* del incumplimiento (su materialidad) que es también presupuesto, elemento constitutivo de la pretensión resarcitoria. En cambio, de la existencia de la norma del artículo 1.225 del Código civil italiano de 1865 (equivalente a nuestro art. 1.105 C. c.), Carnelutti deducía la no necesidad de la prueba de la culpa del deudor por el acreedor. Y ello, porque la carga de la prueba con arreglo al principio general inducido del artículo 1.312 del Código civil italiano derogado, se determinaba una vez calificados por el Derecho sustantivo los hechos a probar como extintivos o constitutivos con relación al contenido de cada pretensión.

(58) Vid. «Sulla distinzione...» cit., págs. 747-8 y «Appunti...» cit., páginas 620 y ss.

(59) Vid. «Custodia e deposito» cit., págs. 170 y ss. y «L'onere della prova...» cit., págs. 325-6.

En cambio, con posterioridad, MAJELLO parece haber acogido la tradicional distinción en cuanto a la carga de la prueba entre ambas formas de responsabilidad (Vid. «Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana» cit., pág. 13).

(60) Cfr. «Appunti...» cit. págs. 620-1.

Pues bien, el citado artículo 1.225 calificaba la culpa (su ausencia, como hecho impeditorio de la pretensión creditoria, y, por tanto, su prueba incumbía al deudor y no al acreedor (61). Conclusión también aquí exacta, con la salvedad de que la prueba liberatoria a dar por el deudor no se agota en la ausencia de culpa —como sostenía Carnelutti bajo el influjo de la teoría tradicional de la culpa— sino que consiste en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor.

Esta atribución de la carga de la prueba de la culpa (de su ausencia) al deudor se pretendió trasplantar por Carnelutti también al ámbito de la responsabilidad extracontractual, mientras que al acreedor (dañado) correspondería sólo la carga de la prueba del daño injusto. La extensión de la solución acogida en sede de responsabilidad contractual, al ámbito de la responsabilidad extracontractual, se hace por Carnelutti sobre la base (cierta) del carácter neutro de la norma general de la carga de la prueba, que se llena de contenido en función de la calificación que reciban los hechos (como constitutivos o extintivos) por el Derecho sustantivo con relación a cada pretensión en el seno de la relación jurídica de que se trate. Pero junto a esta base cierta, existía en la argumentación del insigne jurista una premisa errónea, que era el presunto silencio del artículo 1.151 del Código italiano derogado (actual 2.043 y equivalente a nuestro art. 1.902 C. c.) sobre la calificación de la culpa en la responsabilidad aquiliana como hecho constitutivo o extintivo de la pretensión reparadora. Sobre esta premisa errónea (62) junto a consideraciones de orden práctico (63), Carnelutti sostuvo la aplicación analógica del artículo 1.225 del Código derogado a la responsabilidad extracontractual, de forma que también en ésta no correspondería al acreedor la prueba de la culpa del deudor, sino a éste dar la prueba de su ausencia.

Igualmente Majello (64) ha sostenido que también en la responsabilidad extracontractual incumbe al deudor (dañante) probar la ausencia de su culpa, y no al acreedor (dañado) su presencia. La afirmación tradicional contraria, según Majello, confunde culpa con comportamiento del deudor, de forma que lo que el acreedor-dañado tiene que probar no es la falta de diligencia del dañante (que para Majello sería una prueba imposible de dar por el dañado), sino la relación causal del daño sufrido con la conducta del deudor-dañante o con las cosas o animales de éste (65).

Ya desde antiguo, la doctrina (66) ha puesto de manifiesto cómo

(61) Cfr. «Appunti...» cit., pág. 622 y «Sulla distinzione», cit., págs. 748.

(62) Vid. «Appunti...» cit., pág. 623.

(63) Cfr. «Sulla distinzione...» cit., pág. 748: «Secondo me, non v'è una ragione al mondo perchè chi chiede risarcimento per la lesione di un diritto obbligatorio debba provar solo le lesione materiale, e chi lo chiede per la lesione di un diritto reale debba dimostrar anche la lesione colposa».

(64) Opp. y locc. citt.

(65) Vid. «Custodia e deposito» cit., págs. 173-5 y 193.

(66) Vid. ASQUINI, «La responsabilità del vettore...» cit., págs. 366 y ss.; MICHELI, «L'onere della prova» cit., págs. 447 y ss.; SCHLESINGER, recensión cit., pág. 408; GÓMEZ ORBANEJA, op. y loc. últ. citt.

la analogía entre responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito de la carga de la prueba no es posible, ya que, en tanto la culpa es elemento constitutivo de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 C. c.) (67), es elemento impeditivo (su ausencia, junto con la imposibilidad sobrevenida de la prestación) en la responsabilidad contractual (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.).

Si bien es cierto que la norma general de la carga de la prueba (inducible del art. 1.214 C. c.) es una norma neutra, no lo son ni el artículo 1.902, ni los artículos 1.105-1.182, 1.184 del Código. En el primero la culpa se integra en el presupuesto normativo de la responsabilidad (daño injusto *culpable*), en los segundos la culpa (su ausencia) es elemento del hecho liberatorio complejo, y como tal, sólo presupuesto mediato o indirecto de responsabilidad. Por consiguiente, la calificación que el Derecho sustantivo hace de la culpa en relación a la pretensión del acreedor, calificación que da contenido a la norma procesal implícita en el artículo 1.214 del Código civil, es en uno y otro caso inversa.

De forma que mientras en la responsabilidad aquiliana la culpa es hecho constitutivo de la pretensión del acreedor (a quien en aplicación de la norma general contenida en el artículo 1.214 Código civil, incumbe la carga de su prueba), en cambio, en la responsabilidad contractual es, junto a la imposibilidad sobrevenida, hecho impeditivo de la pretensión del acreedor (constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor, a quien en aplicación de la referida norma general incumbe la carga de su prueba).

Sobre estas bases puede ser criticada la «inversión de la carga de la prueba» de que habla la doctrina común como criterio de distinción entre ambas formas de responsabilidad.

No es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tratán-

(67) Lo que no se contesta diciendo (MAJELLO op. últ. cit. págs. 170-1) que también es hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria en la responsabilidad contractual la ausencia de imposibilidad liberatoria, y, sin embargo, no se exige del acreedor la prueba de la posibilidad de la prestación, o de la imputabilidad de la imposibilidad al deudor, en su caso. Porque si no se exigen del acreedor tales pruebas es, precisamente, porque la norma de Derecho sustantivo en la materia, la única que puede hacerlo, opera la calificación de la imposibilidad liberatoria como hecho impeditivo con relación a la pretensión del acreedor. De forma que la norma contenida en el artículo 1.214 Cc., actuando sobre la calificación previa que realizan los artículos 1.105-1.182, 1.184 Cc., atribuye la carga de la prueba de la imposibilidad liberatoria —en la que se incluye como una de sus elementos la ausencia de culpa— al deudor.

En cambio, en el artículo 1.902 Cc., falta cualquier referencia a la culpa como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria. Frente a esto, no basta decir que la prueba de la culpa es imposible para el dañado (es, en suma la prueba de la no conformidad de la conducta del dañante a un modelo de comportamiento diligente), pues es el legislador el que libremente opera la distribución de la carga probatoria, a través de como se califican los hechos por la norma sustantiva (art. 1.902 Cc.), y hay que estar a esta calificación y no a afirmaciones apriorísticas (Cfr. SCHLESINGER, op. y loc. últ. citt.).

dose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes (68). En ambos casos el acreedor ha de dar la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad, lo que ocurre es que según sea la forma de responsabilidad, éste viene definido por las normas sustantivas (arts. 1.101 y 1.902 C. c.) o por la infracción de una obligación preexistente o bien por la comisión de un daño injusto y culpable que tiene el efecto de constituir una obligación previamente inexistente, que tiene por contenido, precisamente, el resarcimiento del daño causado. Por tanto, no existen dos reglas sobre la carga de la prueba según se trate de una u otra clase de responsabilidad, sino que siendo única la regla, es diversa su actuación en una y otra forma de responsabilidad por las diversas características de cada una de ellas, características que derivan de su configuración estructural por las normas de Derecho sustantivo que dan concreto contenido a la norma genérica procesal implícita en el artículo 1.214 Código civil.

Sin embargo, hay que añadir de inmediato que las consideraciones de orden práctico que estaban en la base de la doctrina que sostuvo la aplicación analógica de los principios de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual en el ámbito de la responsabilidad aquiliana —consideraciones genialmente intuidas por Carnelutti, que se reconducen básicamente a la mayor tutela del dañado a través del aligeramiento de su carga probatoria (69)— han encontrado eco en la moderna regulación de la responsabilidad extracontractual.

(68) Cfr. RAVAZZONI, op. cit., pág. 957 y NATOLI, op. cit., págs. 84-5.

Con gran claridad, en este mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., página 312: El hecho de que en la responsabilidad extracontractual sea el actor quien haya de probar la culpa del deudor, y en la contractual el deudor quien haya de probar su ausencia «no depende de la existencia de una presunción general de culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Tal presunción no existe de ningún modo. Depende de que las normas de la responsabilidad contractual, como se ve contrastando el artículo 1.101 del Cc. con el 1.105, no hacen propiamente de la culpa un elemento constitutivo, sino de la no-culpa (lo «imprevisible», lo «inevititable», la fuerza mayor, el caso fortuito) un elemento impeditorio (de la responsabilidad). No se insinúa, pues, con esto, de ningún modo, que la culpa, *per se*, sea algo distinto en un campo que en el otro (es siempre, añado, la del artículo 1.104 Cc.). Lo diverso es la configuración de las normas mismas y, consecuentemente, el entrecruce y juego de norma y contranorma. Y esto, en definitiva, es lo que condiciona la regulación de la carga de la prueba en el proceso civil».

(69) Es precisamente esta tendencia equitativa, de mayor tutela del dañado a través del aligeramiento de su carga probatoria, la que explica la evolución jurisprudencial del T. S. en materia de carga de la prueba de la culpa extracontractual (Cfr. PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, págs. 681-3; LACRUZ, op. cit., págs. 193-4 y 211-2; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., págs. 606-7; ESPÍN, op. cit., pág. 474).

Dicha evolución ha producido el paso desde la posición «ortodoxa» (al actor incumbe la prueba de la culpa del dañante como elemento constitutivo de la responsabilidad), hasta una sustancial inversión de la carga de la prueba de la culpa (es el demandado-dañante quien ha de probar su diligencia, su ausencia de culpa). Esta inversión es fruto del uso intensivo de la técnica de la presunción simple (*praesumptio hominis*) como medio de prueba: los hechos probados permiten inferir la existencia de otro hecho que se

De hecho, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana se opera un constante retroceso de la responsabilidad basada sobre la culpa en favor de formas de responsabilidad objetiva que prescinden de ella, y que se reconducen genéricamente a la idea del riesgo. En estos casos la responsabilidad del dañante viene afirmada a través de la simple prueba por el dañado del daño injusto, en tanto que al primero incumbe la prueba de la ajenidad del evento dañoso a su esfera de control.

indaga; así, la culpa (hecho incierto) se induce de la forma en que se ha producido el daño (hecho cierto, probado por el actor), forma en que es *normal* que existiese culpa del demandado (*res ipsa loquitur*). A éste incumbirá dar la prueba de su diligencia para vencer la presunción a él contraria. De esta forma el actor es aliviado de la carga de la prueba de la culpa, que pasa al demandado.

Como hitos de esta evolución jurisprudencial, cabe señalar: la sentencia de 10 de julio de 1943 (R.A. 856): «Que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles, no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción»; sentencias de 30 junio 1959 (R.A. 294) y 5 abril 1963 (R.A. 1956): «que si bien nuestra legislación no tiene admitido en modo expreso el sistema objetivista no es menos cierto que el sistema subjetivista viene evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia, unas veces invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlo». Esta diligencia se entiende, además, de alto nivel y «especializada» según el tipo de actividad de que se trate: «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales, para prever y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir, no hallándose completa la diligencia», consecuencia ésta de la aplicación del artículo 1.104 Cc., que exige no una «diligencia simple, sino la que deriva de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar». Y todo ello —como confiesa la segunda de las sentencias citadas— de acuerdo con la tendencia doctrinal y jurisprudencial que ante los progresos del mundo moderno «suaviza la rigurosa exigencia de una prueba completa de los hechos» y afronta «la dificultad de la prueba, que coloca en situación de inferioridad al demandante, contradiciendo los principios de equidad que deben presidir la realización de la justicia, todo lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil»; con las sentencias de 11 marzo 1971 (R.A. 1234) y 29 diciembre 1975 (R.A. 4842), la inversión de la carga de la prueba de la culpa aparece ya consolidada. Y ello, por razón —dice la primera sentencia— «de conseguir mayor elasticidad en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 Cc., y atemperar en lo posible su contenido a las orientaciones científicas más modernas». Así se establece en ambas: «que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que dichos preceptos se refieren, se presume siempre culposa a no ser que su autor acredite en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos ineficaces».

En España, ALBALADEJO (*op. cit.*, II, 2, págs. 426 y ss.) ha sostenido —como en su día CARNELUTTI— el transplante de los principios de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual a la extracontractual, sobre la base de la aplicación analógica y de la facilitación de la tutela resarcitoria. Ya hemos visto que la primera no cabe por la diversa configuración estruc-

Tampoco aquí se produce una inversión de la carga de la prueba, sino que lo que ocurre es que el presupuesto de la responsabilidad se configura de otro modo. No es el daño injusto culpable el hecho constitutivo generador de la responsabilidad, sino simplemente el evento dañoso, en tanto que el hecho impeditivo se configura como la prueba por el dañante de la ajenidad del mismo a su esfera de actividad típica.

La regla general de la carga de la prueba es siempre la misma (la contenida en la norma del art. 1.214 C. c.), pero asume contenidos diversos en la medida en que los presupuestos de la responsabilidad se configuran en modo distinto por el Derecho sustantivo. Al acreedor incumbirá siempre la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión reparadora, y al deudor la de los extintivos de la misma, pero la norma que determina en cada caso cuáles son unos y otros, es la norma sustantiva que regula los presupuestos de la responsabilidad, norma que da contenido a la norma procesal del artículo 1.214 Código civil.

He aquí, pues, una ulterior confirmación, por un lado, de la estrecha correlación existente entre normas sustantivas y normas de la carga de la prueba y, por otro, de la evolución de los criterios de responsabilidad hacia la objetivación de ésta, que está invirtiendo la relación regla (responsabilidad culposa art. 1.902 C. c.) excepción (responsabilidad objetiva) en el ámbito de la responsabilidad civil.

7) *Crítica de la doctrina tradicional desde la perspectiva de la carga de la prueba*

La doctrina tradicional de la culpa asume como principio básico de la responsabilidad contractual, el de que no basta a generarla la mera infracción de la obligación por el deudor, sino que se requiere, además, que esta infracción sea culpable, en conformidad con el axioma de «ninguna responsabilidad sin culpa», que sería un principio general aplicable a toda clase de responsabilidad. Y, sin embargo, esta misma doctrina a la hora de llevar a la práctica efectiva aquellas afirmaciones de principio, sostiene que al acreedor le basta dar la prueba de la materialidad del incumplimiento, de la falta del resultado debido, no debiendo probar, en cambio, la culpa del deudor, pues ésta de acuerdo con la ley se presume (70). Presunción de la culpa del deudor *iuris*

tural de las dos clases de responsabilidad, y que las consideraciones de orden práctico, aun respondiendo a innegables exigencias de mayor tutela, no bastan para invertir la carga de la prueba, que es fruto de aquella configuración.

La jurisprudencia tratando de compaginar las exigencias de equidad con el rigor dogmático, llega a los mismos resultados que ALBALADEJO por el camino indirecto de la presunción simple.

(70) Vid. doctrina española citada en la nota 56.

Para la doctrina italiana cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit. págs. 166 y ss.; RUGGIERO-MAROI, op. cit., pág. 90; ASQUINI, «La responsabilità del vettore...» cit., pg. 368; MESSINEO, op. cit., § 114, n. 4, págs. 237 y ss.; TRABUCCHI, op. cit., págs. 212 y 560; DISTASO, op. cit., págs. 391 y ss.; MACCARONE, op. cit., pág. 53; BETTI, op. cit., págs. 148-9.

tantum, pues éste, una vez probado el incumplimiento por el acreedor, puede excluir la responsabilidad, venciendo la presunción a él desfavorable con la prueba contraria de la ausencia de culpa.

De esta manera se opera en el plano de la carga de la prueba una genuina contradicción, pues al acreedor se le dispensa de la prueba de un hecho (la culpa), que se asume como elemento constitutivo de su pretensión resarcitoria (71). En vez de tener que probar el acreedor un hecho constitutivo de su pretensión, es el deudor el que tiene que probar su ausencia. O más exactamente, el riesgo de la ausencia o incertezza probatoria de un hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, se desplaza del actor (acreedor) al demandado (deudor).

La doctrina de la culpa que, coherentemente con el asumido carácter constitutivo de la misma para la pretensión resarcitoria, ha impuesto la carga de la prueba de aquélla al acreedor, ha sido francamente minoritaria (72).

Esta contradicción de que de la prueba de un elemento constitutivo de su pretensión venga dispensando el acreedor y onerado el deudor, ha pretendido ser explicada con criterios de normalidad (73). La presunción de culpa que se desprendería del artículo 1.183 Código civil, se justifica porque la ley recoge en su fórmula un criterio de normalidad, en base al cual quien prueba un hecho debe probar también las circunstancias que a ese hecho acompañan en vía excepcional o anormal, pero no aquellas otras que lo acompañan natural o normalmente. De modo que el acreedor que prueba el incumplimiento, viene dispensado de la prueba de la culpa porque ésta es normalmente inherente al hecho del incumplimiento contractual. De forma que, manteniéndose la distinción entre la esfera de la infracción (o materialidad del incumplimiento) y la de la imputabilidad de la infracción (culpa), la ley en la fórmula del artículo 1.183 Código civil acogería con carácter general un juicio positivo de imputabilidad de la infracción derivante de la sola prueba de la misma. El juez con la sola prueba de la infracción ha de pronunciarse por la responsabilidad, salvo que el deudor dé la prueba de la ausencia de culpa. Y ello, porque es normal

(71) Ello es evidente, desde el momento que la presunción legal, no es más que, sustancialmente, una distribución del riesgo de la ausencia o incertezza de la prueba, que, por tanto, se equipara a la carga de la prueba. Vid. SACCO, «Presunzione...» cit., *passim*, espec. págs. 407 y ss.

No debe confundirse la presunción legal (*iuris tantum, relativa*), regla probatoria, con la presunción simple como medio de prueba. La identidad de denominación procede —Sacco, *ibidem*, págs. 407-8— de una concepción arcaica, que concibe a la presunción legal como un tipo de ilación o juicio lógico, formulado por el legislador sobre la base de un cálculo de probabilidades. Para esta concepción, que impregna nuestro Código civil, cfr., artículos 1.249 y ss., la presunción legal relativa es un verdadero medio de prueba. En cambio, la presunción legal no sirve para persuadir al juez, sino que determina un deber de comportamiento de éste (fallo contra la parte onerada), para el supuesto de incertezza o ausencia de la prueba de que se trate.

(72) Cfr., como un caso aislado, MAIORCA, voz cit., págs. 582 y ss., *sub n.* 42.

(73) Cfr. BIANCA, ASQUINI y BETTI, opp. y locc. citt.

o es una máxima de experiencia que al incumplimiento se acompaña la culpa. Este criterio de normalidad o experiencia es el que adoptaría forma legal en el artículo 1.183 Código civil.

En cambio en el ámbito de la responsabilidad extracontractual culposa (art. 1.902 C. c.), la máxima de experiencia sería la contraria. La culpa se consideraría como una circunstancia excepcional, de forma que el acreedor-actor que para ser resarcido alega el hecho dañoso culpable, ha de probarla. En vez de una presunción de culpa, existiría una presunción de ausencia de culpa (74).

A través de esta interpretación se desfiguran las normas sobre la carga de la prueba, pues se confunden con normas —que vinculan al juez— sobre la valoración (legal) de la prueba del incumplimiento dada por el acreedor (75). Además, se falsea la justificación de las diferencias existentes en la carga de la prueba entre responsabilidad contractual y extrancontractual. Tales diferencias obedecen, como ya se ha visto, a la distinta configuración de los supuestos de la responsabilidad en uno y otro caso. La culpa se integra en el hecho constitutivo de la responsabilidad extracontractual culposa (art. 1.902 C. c.), en tanto que su ausencia se integra en el hecho impeditorio de la pretensión resarcitoria en la responsabilidad contractual (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.). Por eso en el primer caso su prueba incumbe al acreedor-actor, y en el segundo su ausencia al deudor-demandado. Las normas de la carga de la prueba no valoran las pruebas dadas por las partes, sino que se limitan a distribuir entre las mismas el riesgo de su incertezza o ausencia, en función que el hecho a probar se considere por el Derecho sustantivo como constitutivo o extintivo con relación a una determinada pretensión. En concreto, con relación a la pretensión resarcitoria del acreedor, dicha calificación de la ley sustantiva por lo que se refiere a la culpa del deudor es inversa en una y otra forma de responsabilidad; por ello, las mismas normas de la carga de la prueba, llevan a resultados diversos en uno y otro caso.

(74) Cfr. ASQUINI, op. y loc. últ. citt.

(75) Cfr. MICHELI, «L'onere...» cit., pág. 366.

Problemas de la carga de la prueba y de la valoración de ésta, que han sido distinguidos por la jurisprudencia. Cfr. sent. T.S. 24 abril 1941 (R.A. 509): «... artículos 1.214 y 1.218 del Código civil, que se aducen en los motivos cuarto y quinto, ya que el primero de esos preceptos, según reiteradamente tiene declarado esta Sala, no se refiere a la apreciación de la prueba, ni se propone regular el valor y eficacia de cada uno de sus elementos»; sentencia 3 mayo 1944 (R.A. 659): «.... porque el artículo 1.214 del Código civil, regula el problema del *onus probandi*, y no el de la valoración de la prueba»; sent. 24 marzo 1954 (R.A. 1003): (el art. 1.214) «es sólo expositivo del principio relativo a quién incumbe la prueba de las obligaciones y carece de utilidad en casación para impugnar la apreciación por el Tribunal *a quo* de la practicada en juicio», pues no hace referencia a la eficacia de la misma (sent. 18 noviembre 1954, R.A. 3180).

Recientemente, la sent. T.S. 6 noviembre 1982: «El artículo 1.214 del Código civil no contiene norma alguna valorativa de prueba, sino el establecimiento del principio que gobierna su carga; no cabe, por tanto, su alegación para fundar en él, aisladamente, la casación cuando el juzgador da por probados los hechos constitutivos del derecho reclamado por el actor» (A.D.C., 1983, pág. 656).

Si acaso, aquellas consideraciones de normalidad o máximas de experiencia están, como criterios de política legislativa, en la *ratio* de las normas sustantivas que operan la calificación de los hechos a los efectos de distribuir la carga de su prueba (76).

Hablar de presunción de culpa en sede de distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual, o es contradictorio o es superfluo, en función de la noción de culpa que se maneje.

Se puede hablar de culpa, en primer lugar, para indicar la no conformidad de la actividad del deudor al modelo de conducta debido en las prestaciones de actividad. Se trata aquí de una noción de culpa manejada como sinónimo de falta del resultado debido, como infracción del contenido de la obligación (que consiste, precisamente, en la prestación de una actividad diligente, técnica o no). Se trata, pues, de algo que constituye objeto de la prueba inicial del incumplimiento a dar por el acreedor, o lo que es lo mismo, objeto de la prueba de la materialidad del mismo.

Hablar en este ámbito de presunción de culpa es contradictorio, pues supondría dispensar al acreedor de aquella prueba que, de acuerdo con el artículo 1.101 C. c., le corresponde. La presunción de culpa (que es una regla de la carga de la prueba de la misma) aquí no tiene sentido. El acreedor en todo caso ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión que, conforme al citado artículo 1.101, es la materialidad del incumplimiento, presupuesto de toda cuestión de responsabilidad. Prueba que, cuando se trata de obligaciones de actividad, se traduce, para el incumplimiento inexacto, en la diformidad de la conducta del deudor respecto del modelo debido (culpa en sentido objetivo). Presumir esta culpa, sería invertir sobre el deudor la prueba de la ausencia de un hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, de cuya prueba se dispensaría al acreedor, lo que, evidentemente, carece de sentido.

Se puede hablar de la culpa en otro sentido, como elemento integrante del hecho complejo liberatorio. En este ámbito, integrándose la culpa junto con la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1.105-1.182 C. c.) en el seno de la prueba liberatoria, no cabe duda de su carácter impeditivo de la pretensión creditoria y constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor. Por ello, así como Carnelutti situaba la ausencia de culpa en el ámbito de la carga de la prueba del deudor, así ha de situarse hoy, superados los equívocos sobre el papel de la culpa en la determinación de la responsabilidad-liberación, con arreglo al artículo 1.214 Código civil, la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable en el mismo ámbito.

Hablar de presunción de culpa en este ámbito no quiere decir más que la prueba de la culpa (de su ausencia), como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, así como la prueba de la imposibilidad misma, incumbe en todo caso al deudor. En este ámbito, pues, hablar de presunción de culpa es superfluo, pues la fórmula de

(76) Comp. MICELÍ, op. últ. cit., pág. 367.

la presunción es redundante respecto a la de la carga de la prueba, y no hace sino repetir con otras palabras que el acreedor está dispensado de probar la culpa del deudor, o cualquier otro elemento del hecho impeditivo de su pretensión, cuya prueba incumbe, por el contrario, al deudor (arts. 1.105-1.182 y 1.214 C. c.).

Tal es el sentido de la fórmula del artículo 1.183 del Código civil, que con su «presunción de culpa del deudor», sienta una genuina regla de carga probatoria: al deudor incumbe la prueba de la ausencia de culpa suya, como elemento de la prueba liberatoria. Se trata de una regla general para toda clase de incumplimiento, puesto que general es también el límite de la responsabilidad contractual que, por ser tal, se constituye en prueba liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Y por ser general, se aplica también a la particular forma de incumplimiento constituida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor. Será el deudor que pretenda liberarse, aun constando la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el que deba dar la prueba de su inculpabilidad, de que no le es imputable, pues, en tanto no la dé, la prueba liberatoria no se ha completado en todos sus elementos.

Hablándose en la responsabilidad contractual de la culpa en dos ámbitos, en el de la prueba inicial del incumplimiento y en el de la prueba liberatoria (donde la culpa es utilizada como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida), vienen decididamente rechazados los intentos de confusión entre ambos que se han operado en el seno de la doctrina de la culpa. Del hecho que la diligencia se utilice como criterio del exacto cumplimiento en las prestaciones de actividad, no se deduce que la culpa sea el criterio general de la responsabilidad contractual y que la fórmula de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable, sea una fórmula resumidora de causas de exoneración que bajo uno u otro aspecto implican una afirmación de la ausencia de culpa (77).

De modo que, o bien la imposibilidad liberatoria sería una causa de liberación que, por el reenvío a la no imputabilidad, es sólo una de las formas de probar la ausencia de culpa del deudor en el incumplimiento (la no imputabilidad de éste), o bien, sin más, se opera una indiscriminada identificación de la prueba liberatoria (arts. 1.105-1.182 y ss. del C. c.) con la prueba de la ausencia de culpa (78).

Aquí se empiezan a producir confusiones. Por un lado, la ausencia de culpa, la inimputabilidad, no se refiere al incumplimiento sino a la causa que ha originado el impedimento que imposibilita el exacto cumplimiento (arts. 1.105-1.182 C. c.). Por otra parte, los artículos citados no establecen *una* prueba liberatoria, sino *la* prueba liberatoria que ha de dar el deudor no cumplidor en todo caso, para exonerarse frente a la pretensión resarcitoria del acreedor insatisfecho.

(77) Vid. NATOLI, op. cit., págs. 53 y ss.

(78) Vid. BIANCA, op. ult. cit., pág. 166; ALBALADEJO, op. cit., págs. 114 y 117; LACRUZ, op. cit., págs. 107 y 116.

No existe más que una regla de responsabilidad y, consiguientemente, no existe más que una prueba liberatoria. En uno y otro caso, las contenidas en los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil. No comprenderlo así significa descoordinar las dos funciones de la imposibilidad liberatoria íntimamente unidas: la de ser límite de la responsabilidad contractual y causa de extinción (o suspensión) de la obligación, simultáneamente.

La doctrina de la culpa no advierte, que por la vía de la admisión de la ausencia de culpa como límite de la responsabilidad contractual, se introduce, subrepticiamente, una causa de extinción de la obligación no prevista por el ordenamiento. Elevar el artículo 1.104 Código civil al rango de norma general de la responsabilidad contractual, significa constituir la culpa en fundamento de la responsabilidad e, inexorablemente, la ausencia de culpa en límite de la misma y, por tanto, causa de extinción de la obligación.

Nueva contradicción de la teoría de la culpa, porque aquello que no se admite en sede de extinción de las obligaciones (que la ausencia de culpa del deudor no cumplidor baste para extinguirlas), se admite, en cambio, en sede de responsabilidad: al deudor no cumplidor, para exonerarse, le basta probar la ausencia de culpa suya, sin advertir la conexión inescindible que existe entre el límite de la responsabilidad y la extinción de la obligación. En tanto la obligación subsiste, cualquier infracción de la misma es incumplimiento y genera responsabilidad. Si la ausencia de culpa no basta para extinguir la obligación, la insatisfacción del acreedor por la falta de exacto cumplimiento es incumplimiento (pues subsiste la obligación), y el deudor no cumplidor responde no obstante su ausencia de culpa. Afirmar lo contrario, presupone reconocer eficacia extintiva de la obligación a la ausencia de culpa (¿pues cómo explicar si no, la irresponsabilidad del deudor en defecto del cumplimiento y persistiendo el vínculo obligatorio?).

Si el límite de la responsabilidad contractual se constituye en el Código civil (arts. 1.105 y 1.182, 1.184 C. c.) por la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor, ello no es casual. Es el fruto de la coherencia asumida por el legislador, de que el deudor responde en tanto la obligación subsista y el acreedor permanezca insatisfecho, y que deja de responder cuando la obligación se extinga. Extinción y liberación son inseparables; he aquí porqué el límite de la responsabilidad es, simultáneamente, causa extintiva de la obligación (a estos efectos, es en verdad significativo, el «también quedará liberado» del art. 1.184 C. c., en sede de extinción de las obligaciones).

La diligencia del artículo 1.104 Código civil es, por una parte, criterio del exacto cumplimiento en las obligaciones de actividad; su aplicación aquí es presupuesto de la de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil y no los excluye, pues verificada la insatisfacción del acreedor, quedará por saber si la obligación subsiste o no (en el primer caso habrá incumplimiento y responsabilidad, en el segundo extinción-liberación). Además, la diligencia (en defecto de otros) es criterio

general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, y, por tanto, elemento del hecho liberatorio-extintivo. La culpa determina la responsabilidad contractual sólo mediamente, en la medida que excluyendo la liberación-extinción, la obligación subsiste, y al subsistir insatisficha, se determina el incumplimiento, y, con él, la responsabilidad.

La prueba de la imposibilidad liberatoria como hecho extintivo de la pretensión resarcitoria del acreedor y constitutivo de la liberatoria del deudor, incumbe a éste (arts. 1.105-1.182, 1.184 y 1.214 C. c.). A través de dicha prueba, al extinguirse (o suspenderse) la obligación, se excluye el incumplimiento y la relevancia de la prueba de la infracción o insatisfacción dada por el acreedor. En la medida en que se excluye el presupuesto al que la ley (art. 1.101 C. c.) vincula la responsabilidad (incumplimiento), y que esta es la única vía del deudor para eludir la responsabilidad, se trata de una responsabilidad objetiva (ligada al hecho objetivo del incumplimiento). No lo es, en cambio, en el sentido que en el interior del hecho liberatorio, la imputación de la imposibilidad se hace —en defecto de otro criterio— con arreglo a un canon objetivo de conducta, que presupone una valoración del comportamiento del deudor.

Por el propio carácter general de la regla de responsabilidad, su ámbito, y, por consiguiente, el de su prueba liberatoria, abarca a todas las obligaciones cualquiera que sea su fuente (79).

Las conclusiones hasta aquí establecidas, permiten desvelar ulteriores equívocos producidos en el seno de la teoría de la culpa. Una

(79) En particular, se rechaza la tesis de GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., págs. 289 y ss., y voz cit., págs. 883 y ss.), según la cual, la norma de la diligencia (art. 1.176 Cciv. it., art. 1.104 Cc.) y la de la imposibilidad liberatoria (art. 1.218 Cciv. it., arts. 1.105-1.182, 1.184 Cc.), serían dos reglas de responsabilidad con sus respectivas pruebas liberatorias, repartiéndose su ámbito de aplicación, en función del interés prevalente del acreedor (la conservación de la posibilidad de la prestación o un interés distinto). Esta concepción de las reglas de responsabilidad, lleva a GIORGIANNI, a situar en ámbitos diferentes la responsabilidad derivante del retardo en la entrega de la cosa debida (a la que se aplicaría la norma de la diligencia) y la derivante de su destrucción o deterioro (a la que se aplicaría la norma de la imposibilidad liberatoria); la responsabilidad por la ejecución del transporte (norma de la diligencia) y la derivante de los daños en las cosas transportadas (norma de la imposibilidad liberatoria).

El propio GIORGIANNI (*locc. citt.*, págs. 296-7 y 883, respectivamente), se da cuenta que el régimen de la carga de la prueba, contradice su construcción de que tanto en el artículo 1.176 Cciv. it. como en el artículo 1.218 Cciv. it., el fundamento de la responsabilidad estriba en la violación de una norma de conducta diligente (pues en tal caso, al acreedor incumbiría la prueba de la culpa del deudor).

En cambio, a GIORGIANNI (*ibidem*, págs. 293 y ss y 883) le va reconocido el mérito de haber sostenido la comunicabilidad (el mismo grado de diligencia) de ambas normas de conducta (diligencia como criterio de cumplimiento y como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida), y el haber compensado la tácita conversión de la ausencia de culpa (para los casos regulados por la norma de la diligencia) en causa de extinción de la obligación, con una concepción particularmente rigurosa de la diligencia, comisurada, además, normalmente al concreto esfuerzo necesario para la satisfacción del interés del acreedor.

vez que se admite, que el límite de la responsabilidad contractual viene dado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor o caso fortuito en sentido amplio (en el que junto a la ausencia de culpa se incluye la imposibilidad de la prestación), seguir hablando del incumplimiento imputable o culpable como fundamento de la responsabilidad, determinado sobre la base de una presunción de culpa vencible con la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 (80), o hablar de incumplimiento culpable *in re ipsa*, es hablar de la culpa como presupuesto de la responsabilidad contractual en términos ficticios. Porque, asumido como límite de la responsabilidad el de los mencionados artículos, el deudor responde por el solo hecho del incumplimiento. En los artículos 1.105-1.182, 1.184 no existe una alternativa entre incumplimiento imputable o culpable e incumplimiento no culpable, sino que la alternativa que en los mismos se establece es entre incumplimiento (a secas) y extinción de la obligación. El deudor responde (incumple) en tanto que la obligación subsista y subsista insatisfecha, con independencia de que se halle o no en culpa, y deja de responder cuando la obligación se extinga (para lo cual es presupuesto necesario, pero no suficiente, la ausencia de culpa, en tanto que la diligencia funciona como criterio general de imputación de la imposibilidad de la prestación en el seno del hecho extintivo-liberatorio; mientras que, por el carácter cumulativo de los elementos de la prueba liberatoria, la culpa —en defecto de otro criterio de imputación— es suficiente para excluir la exoneración, y determinar el incumplimiento —la responsabilidad—).

Afirmado como límite de la responsabilidad el de la imposibilidad liberatoria-extintiva, la calificación de «imputable» o «culpable» del incumplimiento, se convierte en una repetición de la noción misma de incumplimiento, y se habla de «culpa» o «imputabilidad» como sinónimos de la responsabilidad (81).

Hablar de la culpa o la imputabilidad como calificaciones del incumplimiento determinado sobre los artículos 1.105-1.182, 1.184, desvela el propio artificio, porque se trata de sendas ficciones, que oscultan la realidad de que para fundar la responsabilidad basta el incumplimiento *tout court*, sin necesidad de calificaciones subjetivas. Tales calificaciones no hacen sino demostrar que por la vía de la ficción se subsana la ausencia de un presupuesto (culpa, imputabilidad) de la responsabilidad arbitrariamente introducido. Más coherente parece prescindir del presupuesto subjetivo arbitrario y de las ficciones que lo acompañan. El acreedor no tiene que probar la culpa del deudor, no porque ésta se presume, *rectius* se finja, sino porque la culpa no es presupuesto de la responsabilidad de aquél. El deudor, por su parte, no sólo tiene que probar la ausencia de culpa —como criterio general de imputación de la imposibilidad—, sino también el otro elemento

(80) Cfr. ESPÍN, op. cit., págs. 190-1 y 204; CASTÁN, op. cit., págs. 161 y 176-7; SOTO NIETO, op. cit., págs. 31 y ss. y 128; MESSINEO, op. cit., § 114, n. 4, página 238; BETTI, op. cit., págs. 111 y 131; RUGIERO-MAROI, op. cit., págs. 92-93.

(81) Cfr. MENGONI, «Obbligazioni...» cit., pág. 300.

(imposibilidad sobrevenida de la prestación) del hecho liberatorio-exintivo, a partir del cual se determina el incumplimiento como fundamento único de la responsabilidad contractual. La necesidad para el deudor de probar su ausencia de culpa, no deriva, pues, de una hipotética presunción contraria —que dispensaría al acreedor de la prueba del presunto fundamento (hecho constitutivo, culpa) de su pretensión resarcitoria—, sino de ser uno de los elementos de la prueba liberatoria en orden a excluir aquel único fundamento de la responsabilidad contractual.

De este modo se comprende que al deudor corresponda, con la prueba del hecho impeditorio de la pretensión del acreedor, la exclusión del fundamento último al que estructuralmente la responsabilidad aparece ligada como consecuencia normal y lógica de la falta de exacto cumplimiento, es decir, la exclusión de la obligación misma (82).

8) *El alcance efectivo de las conclusiones establecidas*

A la doctrina de la culpa le viene reconocido un fondo de verdad, que subyace en la distinción entre incumplimiento objetivo (materialidad del incumplimiento) e incumplimiento imputable o culpable. Y es que la carga de la prueba del acreedor se agota en la prueba de la materialidad de la infracción debitoria, de la falta del resultado debido. Pero ello es así, no porque la culpa del deudor se presume, de modo que se confiesa la artificiosidad de asumir la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad, al dispensar al acreedor de su prueba. Sino que al acreedor le basta la prueba de su material insatisfacción, porque los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil califican a los efectos de la carga de la prueba, el límite de la responsabilidad como hecho impeditorio de la pretensión resarcitoria, de modo que su prueba incumbe al deudor y no al acreedor.

Desde el punto de vista de la carga de la prueba todo cuanto se ha dicho, se traduce en que al acreedor le basta dar, para la afirmación de la responsabilidad del deudor, la prueba de la insatisfacción de su derecho (carga de la prueba de la materialidad del incumplimiento, de la falta o inexactitud del resultado debido), en tanto que al deudor le incumbe dar la prueba de que ese resultado ya no es debido, de que la obligación se ha extinguido, y, por tanto, no cabe ni incumplimiento, ni, por ende, responsabilidad.

De forma que si el deudor responde del incumplimiento, y éste sólo se determina en modo definitivo a partir del límite de la responsabilidad contractual, la determinación definitiva del incumplimiento es puesta por la ley a cargo del deudor, al poner a su cargo la prueba

(82) Cfr. MENGONI, *ibidem*, págs. 300-1, y PUIG BRUTAU, op. cit., págs. 427, 438 y 446.

La carga de la prueba del deudor, es así congruente consecuencia del asumir que el deudor responde porque debe, y deja de responder en cuanto deja de deber (extinción de la obligación en virtud de la prueba liberatoria-exintiva que, como tal, a él toca suministrar).

liberatoria-extintiva, que es simultáneamente límite de la responsabilidad contractual.

Ello es así, porque la calificación de los hechos como extintivos o constitutivos a efectos de la carga de su prueba en relación con una determinada pretensión, se hace por la ley sustantiva; y, en concreto, el artículo 1.101 Código civil con relación a la pretensión resarcitoria del acreedor, califica como hecho constitutivo (carga de su prueba sobre el acreedor) el incumplimiento en su materialidad (como hecho), y los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil la imposibilidad liberatoria como su hecho extintivo (carga de su prueba sobre el deudor). Sobre estas calificaciones, opera la regla general de la carga de la prueba, contenida en el artículo 1.214 Código civil.

El deudor responde del incumplimiento determinado en modo definitivo, pues no basta para hacerlo responder la mera falta del cumplimiento; se requiere, además, que dicha falta no esté justificada (el primero es el plano de la materialidad del incumplimiento; el segundo el de su «imputabilidad», el del juicio de responsabilidad). En otras palabras: el deudor responde hasta el límite de la responsabilidad contractual; más allá de éste la falta de resultado que el acreedor denuncia es irrelevante, pues no hay obligación, ni, por consiguiente, puede haber incumplimiento.

Pero la ley descarga sobre el deudor la consideración del límite de la responsabilidad contractual, de forma que aquél responde de toda falta de exacto cumplimiento (materialidad del incumplimiento) no justificada por la prueba liberatoria que a él mismo incumbe dar. De modo que la determinación definitiva del incumplimiento es un riesgo probatorio puesto a cargo del deudor: éste responde en tanto la obligación subsista (faltando el debido cumplimiento —contenido de la prueba del acreedor—), y subsiste en tanto no dé la prueba de su extinción (el contenido de tal prueba es, no en vano, el límite de la responsabilidad).

Por tanto, sobre el acreedor no pesa la carga de la prueba de la definitiva determinación del incumplimiento (que exigiría la prueba de la posibilidad de la prestación, o de la culpa del deudor si ésta ha devenido imposible), sino sólo la de su materialidad (falta o inexactitud del resultado debido). En cambio, es al deudor a quien incumbe excluir la existencia definitiva del incumplimiento, con la prueba de la extinción de la obligación que excluye la relevancia de la prueba inicial del acreedor.

Se trata de un normal efecto de la distribución de la carga de la prueba, que no afecta al modo cómo se determina el incumplimiento (y con él la responsabilidad), sino a la designación de la parte sobre quien recae la incertidumbre de tal determinación definitiva con arreglo a las normas generales de responsabilidad.

Asumido coherentemente el límite de la responsabilidad contractual como la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor, que es, simultáneamente, causa de extinción de la obligación y, precisamente por ello, causa de exoneración

de la responsabilidad, los equívocos terminológicos de la teoría de la culpa se deshacen.

El área de responsabilidad del deudor que la doctrina tradicional define, no se ensancha con lo aquí sostenido; simplemente se explica más coherentemente: el deudor responde del incumplimiento, y deja de responder cuando la obligación se extingue. Aquello que para la doctrina de la culpa es el incumplimiento culpable o imputable, es el simple incumplimiento, siendo las calificaciones subjetivas superfluas y repetitivas de la idea misma del incumplimiento. El incumplimiento inculpable o no imputable, es simplemente no-incumplimiento, extinción de la obligación. En el primer caso, el deudor responde porque incumple, no porque incurra en culpa; en el segundo no responde porque la obligación se extingue (y por tanto no incumple), no porque no haya incurrido en culpa. Pero, en una y otra forma de explicación, siempre asumiendo el límite de la responsabilidad de la imposibilidad liberatoria, del caso fortuito en su acepción amplia, los supuestos de responsabilidad e irresponsabilidad son idénticos, varía simplemente su fórmula descriptiva, siendo más coherente hablar de incumplimiento y extinción que de culpas fingidas.

La «modestia» del resultado de la crítica respecto de la doctrina de la culpa que, por feliz incoherencia, admite la prueba liberatoria de la imposibilidad sobrevenida no imputable (83), viene dada por el propio carácter terminológico, estrictamente verbal, que la culpa asume en la misma como fundamento de la responsabilidad.

En cambio, se rechaza decididamente la doctrina de la culpa que, más coherentemente con sus presupuestos, pretende sustituir la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil, por la de la ausencia de culpa, vaciando de contenido la regla de responsabilidad contenida (*a contrario*) en dichos artículos, que se subsumen en el artículo 1.104 Código civil, arbitrariamente erigido en regla general de responsabilidad. Además, no se advierte, como se ha visto, la correlación extinción-liberación, y se convierte a la ausencia de culpa en sede de responsabilidad, en causa extintiva, lo que no se admite en sede de las causas de extinción de las obligaciones.

También aquí, con mucha frecuencia, las diferencias son más terminológicas que reales, y los casos de responsabilidad e irresponsabilidad son los mismos aunque differently descritos. Y es que por la vía de la afirmación de una diligencia tendencialmente confundida

(83) Incoherencia que deriva del hecho de que si la culpa del deudor es el fundamento de su responsabilidad, éste debería venir exonerado con la prueba de la negación del tal presunto fundamento (prueba de la diligencia, de la ausencia de culpa).

En cambio, la doctrina de la culpa de que aquí se habla, introduce en la prueba liberatoria, junto a la ausencia de culpa (caso fortuito en sentido estricto), el dato de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, o la equipara al caso fortuito (en sentido amplio), en el que, como requisitos de su virtualidad exoneratoria, se incluyen, también, ambos elementos. A los mismos resultados se llega por la vía de la equiparación de las noción positiva (art. 1.105 Cc.) y negativa (arts. 1.182, 1.184 Cc.) del caso.

con la posibilidad de la prestación, se afirma la responsabilidad en términos de culpa, en casos en que la correcta aplicación de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil lleva a excluir la liberación porque, siendo posible la prestación, no puede darse su extinción, y subsistiendo la obligación en defecto del cumplimiento, subsiste el incumplimiento (la responsabilidad).

Se trata de un manejo abusivo de la noción de diligencia, que lleva a afirmar la culpabilidad del deudor mientras la prestación es posible, para sostener una responsabilidad que se explica más coherentemente por la subsistencia de la obligación en defecto del hecho extintivo, que por una culpa fingida. Subsistiendo, en cambio, la obligación, y subsistiendo insatisfecha, también aquí el incumplimiento funda la responsabilidad.

La fidelidad (verbal o terminológica) de una gran parte de la doctrina a la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, tiene una justificación estrictamente histórica (84), que se manifiesta, por una parte, en haber privilegiado el elemento subjetivo del hecho liberatorio. O dicho en otros términos, en haber manejado dos nociones de caso fortuito, una amplia (comprendiva de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la ausencia de culpa), y otra estricta (referida exclusivamente a la causación de la imposibilidad y equivalente a la ausencia de culpa, *casus-non culpa*), y haberlas confundido posteriormente, equiparando la prueba liberatoria a la del caso fortuito restringido, que es sólo uno de sus elementos.

Por otra parte, la permanencia terminológica de la culpa en el fundamento de la responsabilidad contractual, halla también justificación histórica en el hecho de que la culpa identifica el inexacto cumplimiento (falta del resultado debido) en el ámbito de las obligaciones de actividad o de medios.

El análisis efectuado, permite mantener a la culpa en sus tradicionales ámbitos de relevancia: la determinación material del incumplimiento inexacto en las prestaciones de actividad (que es un *prius* del juicio de responsabilidad, pero no éste mismo), y la imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Este segundo ámbito de relevancia de la culpa, sí es el del juicio de responsabilidad, pero éste no se agota en aquélla. En este campo, la culpa resulta aplicable a todas las obligaciones como elemento integrante, en defecto de otro criterio de imputación, junto con la imposibilidad sobrevenida, del hecho liberatorio-extintivo, y en cuanto tal, es sólo presupuesto mediato de la responsabilidad, pues la presencia de la culpa excluye la liberación: determina, pues, el incumplimiento, y éste, que permanece siempre como único fundamento de la misma, la responsabilidad contractual.

(84) Que a veces pretende enmascararse detrás de consideraciones de cariz difuso, como el «carácter humano» del principio de la culpa (Cfr. BARRASSI, «Teoria generale...» cit., pág. 307).

B) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRAContractUAL: PARALELISMO DE EVOLUCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RIESGO

La responsabilidad contractual aparece, pues, como una responsabilidad en cierto sentido objetiva, en cuanto que su actuación se da si se verifica el presupuesto (incumplimiento) al que aparece siempre conectada. Resta un ámbito en que, constatada la insatisfacción del acreedor, es relevante la consideración de la conducta del deudor y, por tanto, la culpa-diligencia como modelo objetivo de comportamiento debitorio; el de la determinación negativa del incumplimiento, a través del papel que la diligencia juega como criterio general de imputación de la responsabilidad sobrevenida en el seno del hecho liberatorio.

Pero, también en este ámbito, se ha operado una progresiva objetivación, apareciendo en la ley y en las aplicaciones jurisprudenciales criterios de imputación diversos, especialmente por cuanto se refiere a las actividades empresariales, que prescinden de la concreta valoración de la conducta del sujeto deudor y que genéricamente se reconducen a la idea del riesgo.

Llegados a este punto, el intérprete no puede dejar de poner de manifiesto el paralelismo de evolución que, desde el punto de vista del riesgo, se produce en el seno de la responsabilidad, contractual y extracontractual.

Si bien la fórmula genérica de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 Código civil contiene un específico reenvío a la idea de la culpa («interviniendo culpa o negligencia»), y la califica como elemento constitutivo de la misma, la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia en el mismo Código de supuestos de responsabilidad objetiva, que prescinden por completo de la culpa. Supuestos cada vez más numerosos e importantes, de tal modo que el ámbito de la responsabilidad aquiliana culposa se reduce progresivamente.

La doctrina tradicional aferrada al dogma de la culpa, ha pretendido explicar estos supuestos, por la vía de encubrir el cambio operado en los criterios de responsabilidad a través del recurso a los elementos tradicionales, distorsionándolos (85). Tales son las técnicas de las ficciones de culpa; de la inversión de la carga de la prueba y de la extraordinaria elevación del grado de diligencia exigido (86). Estas téc-

(85) Cfr. TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 21 y ss.; ALPA-BESSONE, «La responsabilità del produttore», cit., págs. 82 y ss.

(86) De inversión de la carga de la prueba y elevación del grado de diligencia, hablan en Italia, DE CUPIS, «Il danno», Milán, 1979, I, págs. 206 y ss., y CIAN, op. cit., pág. 23.

En España cfr. LACRUZ, op. cit., págs. 193 y ss.; PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, páginas 682-3; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., págs. 606-7.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente, al hacer aplicación de la norma general del artículo 1.902 Cc., persiste en el camino ya hace tiempo emprendido de la inversión de la carga de la prueba. Así se dice en la sent. T.S. 10 de mayo de 1982 (A.D.C., 1983, pág. 329) que «no es necesario justificar la existencia de culpa imputable al dueño del predio de

nicas no son sino el producto de una actitud conservadora de los instrumentos y categorías antiguos, que prefiere transplantarlos (desfigurándolos) a los nuevos fenómenos, antes que reconocer la necesidad de nuevos instrumentos y categorías de explicación. En realidad por estas vías indirectas, especialmente la inversión de la carga de la prueba, lo que se hace, es una sustancial afirmación de responsabilidad objetiva, en tanto que la referencia a la culpa no deja de ser un puro obsequio formal a la misma, al objeto de mantener, siquiera sea nominalmente, el artículo 1.902 Código civil como norma general de la responsabilidad extracontractual a la que se re conducen todos los supuestos de la misma.

que proceden las aguas —el caso versaba del deterioro de un chalet por obras en un predio superior—, por ser corriente doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acreditan es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado, a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, la justificación cumplida de que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños».

Tal inversión se justifica «en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*, y hasta tanto no se demuestre por el autor de los daños que él obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlos, entendiéndose que si lo no contrario a la ley es lícito, debe ir acompañado de la diligencia como elemento esencial para exonerar de responsabilidad».

En este último inciso se recogen otras de las vías indirectas para la objetivación de la responsabilidad civil, el «agotamiento de la diligencia», la elevación extraordinaria de su nivel de exigencia para el sujeto agente. Por esta vía indirecta de la creación de una diligencia de alto nivel y adecuada a las exigencias propias de cada sector de actividad («especializada», artículo 1.104-1 Cc.) se produce, en conformidad con los principios del riesgo, una tendencial coincidencia del área de responsabilidad del sujeto agente con la del riesgo típico de su actividad. En este sentido, es reveladora la citada sent. de 5 de abril 1963 (R.A. 1956) que consagra así la exigencia del «agotamiento de la diligencia»: «quien explota *en su beneficio* un bien, cualquiera que sea su naturaleza, viene obligado a emplear *todos los medios* a su alcance para prevenir daños a tercero, exigiéndolo así la conveniencia social de acuerdo con la Moral y el Derecho» (De esta sentencia, debe verse el jugoso comentario de DÍEZ-PICAZO, en «Estudios sobre la jurisprudencia civil», I, Madrid, 1973, págs. 276-7).

La evolución de la jurisprudencia del T. S., y su postura actual se reflejan con gran claridad en la reciente sentencia de 20 de diciembre de 1982 (R.A. 7698). Allí se nos dice que si bien la responsabilidad extracontractual se basa en la culpa, «ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral y psicológico (?) y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones *cuasi objetivas*, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio (*riesgo*) de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa». Principio que el Supremo apoya en el artículo 3-1 Cc. cuando se refiere (criterio sociológico) a la consideración para la interpretación de las normas de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. «Por ello —se nos dice— esta Sala ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, *ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba*, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el

Estas construcciones no llegan a encubrir, que aquello que en verdad se ha producido, es un cambio en los presupuestos mismos de la responsabilidad (87), de forma que así como en la responsabilidad contractual basta a generarla el mero hecho del incumplimiento, cuando se trata de responsabilidad extracontractual objetiva basta el daño injusto, el hecho dañoso, como elemento, también aquí, puramente objetivo.

La justificación de este desplazamiento en los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, viene dada por la idea del riesgo. En general para el surgimiento de la obligación de resarcir el daño causado, no basta el hecho estricto de haberlo producido, no basta, en suma, la estricta subsistencia de un nexo causal entre el sujeto dañante y el daño originado. La obligación de resarcir requiere, además de ese nexo causal, una justificación. Puesto que el daño ha de ser en todo caso sufrido por alguien en la sociedad (por quien lo padece y no se ve resarcido, o por quien debe indemnizarlo), el ordenamiento, al establecer los criterios de responsabilidad, justifica la traslación del daño a uno u otro sujeto en función de la consecución de un resultado útil (88).

agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias —y se cita en la sentencia abundante jurisprudencia en esta dirección—, ora *exigiendo una diligencia específica más alta* que la administrativamente reglamentada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia al fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado» (con nuevas citas de jurisprudencia en este sentido).

Las líneas de evolución jurisprudencial «hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva», han sido recientemente sintetizadas por la sent. T. S. 27 mayo 1982 (A.D.C., 1983, pág. 666). Así, la responsabilidad objetiva se introduce «bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa, pero generadora de riesgo para los demás (*ubi emolumentum, ibi onus*), ora acudiendo a la inversión o atenuación de la carga de la prueba, o a la elevación del nivel de cuidado exigible, que ha permitido hablar de «agotamiento de la diligencia».

Ultimamente se han producido algunas sentencias —como la última citada y la de 4 de octubre de 1982— que parecen significar un retroceso en la evolución señalada y una vuelta a los estrictos presupuestos de la culpa. Pero se trata de un retroceso sólo aparente, pues la afirmación del principio de la culpa se hace a los efectos de excluir la responsabilidad en casos en que el daño se ha producido por negligencia o imprudencia del dañado. En estos casos lo que en realidad falta es la relación causal eficiente entre el sujeto agente y el perjuicio del dañado. El daño es fruto de la conducta de éste y no de la actividad de aquél. Faltando esa relación que es presupuesto mínimo (por sí, no suficiente) de toda cuestión de responsabilidad civil, ésta no puede afirmarse. Las afirmaciones de la jurisprudencia en este contexto deben entenderse, pues, como *obiter dicta*, meras proclamaciones doctrinales *pro forma* (Cfr., análogamente, nota de GARCÍA CANTERO, *ibidem*).

(87) Cfr. CARNELUTTI, «Appunti...» cit., pág. 619; MAJELLO, «Responsabilità contrattuale...» cit., pág. 14.

(88) Vid. CARNELUTTI, *ibidem*, págs. 624-5; TRIMARCHI, «La responsabilità civile», en «Il diritto privato nella società moderna», bajo la dirección de S. Rodotà, Bolonia, 1971, págs. 463 y ss, y allí, pág. 472.

Esta justificación se establecía tradicionalmente en la culpa o el dolo del dañante, que actuaban, por esto, como criterios de atribución del daño.

Cuando se trata de supuestos de responsabilidad objetiva, esta justificación del resarcimiento, que se añade al mero nexo causal, también existe, y se encuentra en la asunción del riesgo como justificante de la responsabilidad y, por consiguiente, como criterio de atribución del daño.

La idea del riesgo supone que aquél que ejerce una actividad que necesariamente lleva aparejada como consecuencia inevitable la eventualidad de que se produzca un daño para otras personas, responda de los daños derivados del ejercicio de tal actividad, con independencia de que exista o no culpa por su parte (89). Se opera así una conexión entre el ámbito de la responsabilidad y el del riesgo típico de la actividad de que se trate. El titular de ésta responde porque tiene el poder de control sobre la misma, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañinas, y porque de la misma manera que el ejercicio de la actividad que genera el riesgo (no necesariamente una actividad peligrosa) le reporta la obtención de los beneficios a ella aparejados, deben pesar también sobre él las consecuencias dañinas de la misma, y no sobre un tercero ajeno a tales beneficios y al control mismo de la susodicha actividad (*qui sentit commodum, sentire debet incommodum*). De esta manera se establece una precisa conexión entre el área de responsabilidad-riesgo típico de la actividad en cuestión, y el beneficio o provecho que el titular extrae de la misma. El daño originado por los eventos que la actividad riesgosa crea (aquellos cuya producción es estadísticamente determinable) es un costo de la misma, que de no ser asumido por su titular, consentiría la subsistencia de empresas contablemente en activo para sus titulares, sobre la base de transferir una porción del coste de su actividad (el daño causado no indemnizado) al público; en forma de poder llegar a ser socialmente nocivas (generadoras de pérdidas), cuando destruyan una cantidad de valor mayor del que producen (90).

El costo de los daños causados por la actividad de que se trate es susceptible de aseguración, y el precio de ésta (primas) se transfiere a los consumidores por la vía de la repercusión de su importe en el del bien o servicio correspondiente (91).

De este modo, con la responsabilidad objetiva, se produce una mayor protección del dañado, en la medida que la responsabilidad del causante del daño viene afirmada en una serie de casos (dependientes, causas desconocidas, no identificabilidad de la culpa en una organiza-

(89) Cfr. CARNELUTTI, *ibidem*, pág. 625; TRIMARCHI, op. últ. cit., págs. 472 y ss, y «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 11 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., pág. 607; LACRUZ, op. cit., págs. 190-1.

(90) Cfr. TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

(91) Vid. TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., pág. 14.

ción compleja) en que con arreglo al principio de la culpa no podría serlo (92).

Las reglas generales de la carga de la prueba operan sobre una nueva configuración del hecho constitutivo de la responsabilidad (hecho dañoso) y del extintivo de la misma (prueba de la ajenidad del evento dañoso a la esfera típica de la actividad considerada).

La responsabilidad extracontractual objetiva viene a ser así expresión de un principio solidario, en el sentido de asegurar la más amplia protección posible del particular frente a las múltiples posibilidades de daño derivantes de una sociedad industrial desarrollada (93).

A esta evolución en los criterios de responsabilidad se ha llegado a través de un sustancial cambio en las técnicas normativas (94). De la técnica de la prohibición, que conlleva la ilicitud de la actividad contraria y, como consecuencia de ello, la sanción, a la técnica de la autorización-permiso. El Derecho no considera ilícito el ejercicio de actividades de las cuales se sabe estadísticamente que producen una cierta cantidad de eventos dañosos. Es la utilidad social de las mismas y la consideración de los gastos de remoción necesarios para evitar el daño, la que produce la justificación de la actividad de que se trate, aunque exista una cierta probabilidad de daño efectivo. En la medida en que son mayores la utilidad social de una actividad y los costes de remoción del daño por ella producidos, tanto más grande es el riesgo justificado (95).

Se trata aquí de un juicio de utilidad social que el ordenamiento realiza por sectores típicos de actividad, que explica el carácter lícito de ciertas actividades peligrosas, pues la probabilidad de daño que llevan aparejadas, se justifica y compensa con la utilidad que socialmente reportan.

La contrapartida de este sistema autorizativo es que el criterio de responsabilidad deviene automático, no se trata ya de ilicitud de la con-

(92) Vid. TRIMARCHI, «Istituzioni...» cit., pág. 148.

Sobre el paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva como uno de los rasgos de la evolución en curso en el seno de la responsabilidad civil, vid. DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», en A.D.C., 1979, págs. 727 y ss., y allí, págs. 733-4.

(93) La insuficiencia de la culpa como criterio de responsabilidad, para hacer frente a las múltiples posibilidades de daño que derivan del actual desarrollo tecnológico (en el que frecuentemente el daño es inculpable, y, aún más frecuentemente, de culpabilidad indemostrable), es una constatación que se ha hecho común en la doctrina, vid. DÍEZ-PICAZO, op. últ. cit., página 732, y LACRUZ, op. cit., pág. 190. La transformación verificada en el seno de la responsabilidad civil por el peso de aquellas exigencias de solidaridad, ha sido gráficamente descrita por DÍEZ-PICAZO (*ibidem*, págs. 732 y 734, y «Estudios...» cit., pág. 276) como la vigencia de un principio *pro damnato*: como regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado sólo frente al daño, en forma que deba soportarlo.

(94) Vid. DI MAJO, «Obbligazioni...» cit., págs. 83 y ss.; TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

(95) TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 19-20. Cfr., también, PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, págs. 679, nota 18.

ducta (pues la actividad es permitida), sino de que sobre el titular de la actividad recaen las consecuencias dañinas derivadas de la misma. Así se impulsa la racionalización de la producción al descargar sobre la empresa los riesgos inherentes, en forma que o bien ésta adoptará medidas de control tendentes a reducir al máximo las probabilidades del daño que de aquéllos derivan, o bien desaparecerá si su mal funcionamiento no le permite afrontar los costes derivados de su actividad (en los que se incluyen la indemnización de los daños causados en el ejercicio de la misma) (96).

Por eso se ha podido concluir, analizando los nuevos datos emergentes en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (97), que la culpa es sólo uno de los criterios de responsabilidad, pero no el único ni el prevalente, pues junto a la culpa se pueden identificar en el Código, y más aún en las leyes especiales, otros criterios de imputación genéricamente referibles a la idea del riesgo (98).

La culpa aparece como un criterio de responsabilidad no funcional a las exigencias de una sociedad moderna en la que se hace sentir la exigencia de tutela efectiva y generalizada de sus miembros y, simultáneamente, de racionalizar la actividad productiva. En este nuevo panorama, la referencia a la culpa aparece frecuentemente como el fruto de un apego nominal a la categoría históricamente dominante en el ámbito del ilícito, en el contexto de construcciones artificiosas que llevan sustanciales afirmaciones de responsabilidad objetiva.

(96) TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

La sustitución del perfil sancionatorio —prohibitivo por el autorizativo— permisivo ha producido consecuencias no irrelevantes en el plano general de las connotaciones del sistema de la responsabilidad y de sus relaciones con la actividad productiva (Cfr. DI MAJO op. últ. cit., págs. 87-88).

Un sistema objetivo de responsabilidad elimina la posibilidad de un control judicial sobre las medidas adoptadas por las empresas. Se produce una «monetarización» del daño (se transforma en un costo de la empresa) con tal de no sufrir ingerencias en la esfera de organización de la misma. En este sentido se ha observado, que el sistema de la responsabilidad objetiva responde a los intereses de las empresas (especialmente las grandes), sobre todo si se tiene en cuenta que el previsible final de la tendencia objetivante, será un sistema generalizado de aseguración obligatoria de los productores, que tendrá como efecto la total «desresponsabilización» de los mismos y una general distribución a nivel social de los daños producidos por la actividad industrial (lo que se ha llamado la «socialización del daño» por vía asegurativa, vid. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, págs. 736 y ss., y LACRUZ, op. cit., pág. 191).

(97) Vid. ALPA-BESSONE, «La responsabilità del produttore» cit., pág. 127.

(98) De pluralidad de criterios de imputación para atribuir el daño en el seno de la responsabilidad civil, habla también LACRUZ, op. cit., págs. 190-1, discerniéndose la aplicación de uno u otro (culpa o riesgo) por una suerte de «moralidad de situación» que exige el análisis previo de las circunstancias del caso (en especial, el tipo de actividad de que se trate).

De modo análogo, DÍEZ-PICAZO (*ibidem*, pág. 738) señala la existencia de dos zonas dentro del Derecho de daños: una, en la que se aplican los principios de la responsabilidad objetiva (y que abarcaría los daños producidos en personas y cosas como consecuencia de grandes estragos, del maquinismo y la tecnología) y otra (los demás casos), en la que se aplican los principios tradicionales de la culpa.

La aparición de un ámbito creciente de la responsabilidad extracontractual en que opera la responsabilidad objetiva y la técnica normativa de la autorización-permisión, ha producido como ulterior consecuencia una mayor convergencia entre la responsabilidad contractual y la aquiliana (99). Esta asume en el ámbito de la responsabilidad objetiva el carácter de garantía de un resultado (la no producción de un daño) y, contextualmente, el resarcimiento pierde su carácter sancionatorio, convirtiéndose en un costo de la actividad productiva. Como resultado de ello, la tendencia de fondo del sistema de la responsabilidad civil es el asumir el carácter de disciplina interna de la actividad productiva, con lo que el paralelismo con la responsabilidad contractual y la idea de obligación se hace todavía más evidente.

Aquella distinción que Osti (100) había trazado entre la responsabilidad contractual y la aquiliana en orden al fundamento de una y otra, se difumina progresivamente. Osti había distinguido el caso de la responsabilidad contractual, en que por existir una obligación y la consiguiente subordinación del interés del deudor al del acreedor, basta a generarla el simple incumplimiento, del caso de la responsabilidad extracontractual, en que siendo un ámbito de libertad de la persona, para que la obligación de resarcir surja, se requiere la culpa del dañante.

Pues bien, esta distinción, en la medida que las exigencias de solidaridad y aseguración colectiva se hacen efectivas, pierde razón de ser. La responsabilidad objetiva se aproxima a los esquemas de la violación de una obligación (el daño es la falta del resultado debido), cuya simple infracción (incumplimiento) genera consecuencias resarcitorias.

Cada vez más, la doctrina es consciente que en la base de la evolución de los criterios de imputación en tema de responsabilidad (contractual y extracontractual) sobre los principios del riesgo, están unas mismas necesidades y razones de fondo, que hacen que el estudio de la responsabilidad no pueda hacerse hoy separándola en dos campos radicalmente desconectados (101).

(99) Vid. DI MAJO, *ibidem*, págs. 85 y ss.

(100) Cfr. «*Deviazioni dottrinali...*» cit., págs. 614-5.

(101) Cfr. SBISÀ, op. cit., págs. 725 y ss. que pone de manifiesto, cómo las posibilidades de aseguración, a las que se suelen acompañar afirmaciones de responsabilidad objetiva, se dan en uno y otro campo. Del mismo modo, es común a los dos campos, la necesidad de racionalizar la producción y de objetivar la responsabilidad empresarial, en forma de realizar una óptima distribución de los recursos. Las mismas exigencias sociales se dan, además, respecto de ambas formas de responsabilidad, lo que se confirma con la frecuente indiferencia respecto de ciertas infracciones, de la utilización de uno u otro esquema de garantía.

En el ámbito contractual, ha sido AULETTA (recensión cit., pág. 1.066), quien ha puesto de manifiesto como datos a tener en cuenta a la hora de estudiar la responsabilidad contractual, la prevalencia de exigencias económicas sobre exigencias éticas y la necesidad de que a la ilimitada capacidad de beneficio reconocida a las empresas, se acompañe de la no limitación de la responsabilidad por los riesgos inherentes a su actividad. Pues es, precisamente, la ilimitación del riesgo la que justifica la ilimitación del beneficio.

Es básicamente contradictorio dar cabida, como es hoy frecuente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual a criterios de responsabilidad objetivos en atención a nuevas exigencias y realidades, y, simultáneamente, aferrarse en el ámbito contractual, donde están presentes esas mismas exigencias y realidades, a principios tradicionales que, por lo demás, no responden a la realidad normativa actual y que son, en buena medida, fruto de equívocos terminológicos perpetuados por la tradición.

Al final de este proceso evolutivo en el ámbito de la responsabilidad, tal vez se vuelva a hablar de responsabilidad contractual como la derivante del contrato, y de responsabilidad extracontractual como responsabilidad derivante de la ley (102).

C) VALORACION GLOBAL DE LOS MEDIOS DE TUTELA DEL CREDITO Y DE LOS LIMITES DEL ESFUERZO DEBTORIO

El enfoque dado a la cuestión de la responsabilidad contractual, permite una más coherente explicación del conjunto de medidas y remedios que el sistema ofrece, por un lado, para tutela del crédito, y, por otro, en favor de la limitación del esfuerzo del deudor más allá de lo razonablemente exigible. Se trata de dos aspectos íntimamente unidos, de forma que el uno es el exacto reverso del otro: la tutela del crédito llega hasta donde llega el esfuerzo exigible al deudor, y los confines de lo inexigible empiezan donde acaba la tutela del crédito.

La doctrina que en el ámbito de la responsabilidad contractual permanece aferrada al principio de la culpa, se ha visto obligada a reconocer la existencia de una serie de medidas contra el deudor no cumplidor que presuponen el mero *hecho* del incumplimiento (su materialidad) y que prescinden de la culpa de aquél (103). Tal es el caso de la ejecución específica de la prestación, de la excepción de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos, y de la específica tutela del acreedor frente al cumplimiento inexacto, en el que éste puede rechazar la prestación, devolverla, pedir una reducción de la contraprestación, y, en algunos casos, pedir un nuevo y exacto cumplimiento o la eliminación de la diformidad o el vicio (arts. 1.166, 1.169, 1.486, 1.498 C. c., caso de la venta con garantía, art. 336 C. com.).

Esta no relevancia de la culpa como presupuesto de tales medidas, y la consiguiente relevancia del incumplimiento en sentido objetivo

(102) Como intuyó la genialidad de CARNELUTTI, «Sulla distinzione...», cit., página 749.

(103) Vid. GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., págs. 312 y ss., y voz cit., págs. 886 y ss.; BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., págs. 162 y ss.

En la doctrina española, también DÍEZ-PICAZO («Fundamentos...» cit., páginas 704-5) establece una distinción entre las distintas consecuencias del incumplimiento en orden a sus presupuestos.

(inculpable o no imputable), ha pretendido ser explicada (104) a través de una distinción de esferas en el ámbito del incumplimiento. Existen una serie de medidas que tienen por fundamento la tutela del interés del acreedor y que, por ello, prescinden de la existencia de la culpa del deudor, en tanto que otras —para Giorgianni sólo el resarcimiento del daño— se justifican como sanciones a la violación del vínculo obligatorio que la conducta del deudor no cumplidor implica. Sólo estas últimas requieren, como presupuesto necesario para su actuación, la imputabilidad del incumplimiento, la culpa del deudor. El ámbito del incumplimiento imputable es, señaladamente, aquél de la responsabilidad del deudor, que se concibe como una típica sanción civil, y que, juntamente con el artículo 1.902 Código civil, se sitúa en el campo de la teoría del ilícito (civil).

A esta doctrina le es reconocido el mérito de haberse separado de aquella otra más antigua, que sostén la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de cualquier medida contra la falta de exacto cumplimiento. Pero desde el momento en que se ha demostrado que fundamento de la responsabilidad contractual es el hecho estricto del incumplimiento, se comprende que el retroceso de la culpa como presupuesto de medidas contra el defecto de cumplimiento, no se detiene frente al resarcimiento del daño. Es el hecho objetivo del incumplimiento en todo caso el fundamento de las medidas de tutela represiva del derecho del acreedor (105).

De este modo, se acaba con la consideración de excepcionalidad que acompañaba tradicionalmente a las medidas contra el incumplimiento que prescindían de la culpa del deudor, o con la distinción entre ámbitos del incumplimiento según que la culpa sea o no relevante en ellos. Caído el último reducto a que el análisis de Giorgianni (106) había reducido la relevancia de la culpa, se produce una homogénea convergencia de las diversas medidas represivas puestas para la tutela del crédito sobre el único presupuesto del hecho objetivo del incumplimiento.

Esta homogeneización sobre el presupuesto del hecho objetivo del incumplimiento es, en particular, también válida para la resolución del contrato por incumplimiento, donde, no obstante, la jurisprudencia persiste en la afirmación de la culpa como presupuesto de la misma (107).

(104) Cfr. GIORGIANNI y BIANCA, opp. y locc. últ. citt.

(105) Se habla aquí de tutela represiva del crédito, que se actúa una vez frustrado el derecho del acreedor por la falta de cumplimiento, como contraposición a la tutela preventiva del mismo (Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., págs. 730-1; GALGANO, «Diritto privato» cit., págs. 359-60), es decir, el conjunto de medidas de que el acreedor dispone con anterioridad al cumplimiento, ante la eventualidad de que el deudor no pueda cumplir o hacer frente a su responsabilidad, llegado el momento del mismo (ej., pérdida del beneficio del plazo, acciones revocatoria y subrogatoria, etc.).

(106) Vid. «L'inadempimento», cit., pág. 323, y voz cit., pág. 888.

(107) Cfr. LACRUZ, op. cit., pág. 122; ALBALADEJO, op. cit., págs. 69-70, espec. nota 111 bis; PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 160; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., págs. 848 y ss., «El retardo, la mora y la resolución de los con-

La recta interpretación de las reglas generales de responsabilidad permite afirmar que éstas no establecen una alternativa entre incumplimiento culpable e incumplimiento inculpable, sino entre incumplimiento (sin más) y no-incumplimiento (extinción de la obligación).

En estas condiciones se comprende que la exigencia de la culpa es superflua a los efectos de la resolución, pues si la culpa tuviese alguna razón de ser, sería la de operar una discriminación entre los incumplimientos a fin de establecer cuáles son relevantes para dar lugar a resolución y cuáles no. Pero desde el momento que se instaura como límite de la responsabilidad contractual la extinción de la obligación por imposibilidad liberatoria, la culpa no es un criterio hábil de discriminación, pues o bien se comprende que no hay ningún incumplimiento culpable (o hay incumplimiento *tout court*, o no lo hay y hay

tratos sinalagmáticos», en A.D.C., 1969, págs. 383 y ss., y allí, espec., págs. 389 y ss., y «Estudios sobre la jurisprudencia civil» cit., págs. 532 y ss.; y vid. la jurisprudencia allí citada.

La jurisprudencia española viene exigiendo para la resolución del contrato *ex artículo 1.124*, bien la existencia de una «voluntad deliberantemente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento».

Por tanto, en esta doble justificación de la resolución (incumplimiento e imposibilidad sobrevenida que constituyen, separadamente, dos justas causas para la misma se circunscribe la relevancia del elemento subjetivo —que la doctrina ha identificado, sin más, con la culpa en sentido amplio— a la primera de ellas. De forma que la culpa discriminaria el incumplimiento relevante a fines de la resolución («incumplimiento resolutorio» en gráfica expresión de DÍEZ-PICAZO), mientras que la imposibilidad sobrevenida operaría como justa causa resolutoria objetivamente, prescindiendo de calificaciones subjetivas. En otras palabras, la relevancia del elemento subjetivo se circunscribiría a las situaciones de falta de cumplimiento producidas en tanto la prestación permanece como posible (ALBALADEJO, *ibidem*, pág. 70, nota 111 bis; DÍEZ-PICAZO, «El retardo...» cit., pág. 393).

En mi opinión, y como consecuencia del examen de las reglas generales de responsabilidad realizado, la culpa ni aun en este ámbito reducido es presupuesto directo de la resolución. Y ello, creo, se confirma con el análisis de las propias decisiones jurisprudenciales más allá de sus genéricas proclamaciones de principio.

En modo similar, DE LORENZI (op. cit., págs. 133 y ss.) ha creído ver en el manejo de la culpa como presupuesto de la resolución en la jurisprudencia italiana, una noción diversa de la manejada a efectos de la afirmación de la responsabilidad. En modo que, mientras esta segunda culpa conduce a la condena del deudor al cumplimiento (tardío) con indemnización de los daños, puede darse, simultáneamente, una ausencia de aquella primera culpa a efectos de negar al acreedor el derecho a la resolución del contrato. La «diligencia» que discrimina a fines de resolución, no es la misma que discrimina a efectos de la responsabilidad.

Este desdoblamiento de significados de la culpa-diligencia demostraría que los términos «culpa» y «diligencia» carecen de un valor preciso, y que remiten a otras categorías implícitas en el ordenamiento.

En ambos casos la ausencia de culpa del deudor, según DE LORENZI, se deduciría por la jurisprudencia de la ausencia de hechos típicos exoneratorios, siendo diversos para una y otra acepción de la culpa los hechos que la excluyen. En el caso de la resolución la culpa vendría excluida, por ejemplo, por el error de derecho o de hecho (en especial, por tolerancia del acreedor). En el de la responsabilidad por el *factum principis*, catástrofes naturales *factum creditoris*, etc.

extinción), o bien, si se prefiere hablar en términos ficticios, todos los incumplimientos son culpables (en el sentido de que se convierte a la culpa en una repetición del mismo incumplimiento y se la confunde con la responsabilidad).

En el primer caso claramente la culpa no puede discriminarse entre incumplimientos, porque no hay *ningún* incumplimiento culpable. En el segundo, tampoco se puede discriminar entre incumplimientos (*todos* serían culpables).

Si acaso se puede distinguir entre incumplimiento culpable (todo incumplimiento) y no culpable (extinción), es en forma de trasponer una terminología diversa a la distinción incumplimiento-extinción de la obligación, pero no se puede distinguir en el interior de la categoría misma del incumplimiento.

Por esto es por lo que la discriminación entre incumplimientos a efectos de la resolución, se opera con un criterio diverso al de la culpa, y que se deduce —en el silencio del art. 1.124 C. c.— del ordenamiento. De forma que la relevancia o no del incumplimiento a los efectos de la resolución viene dada por la importancia o gravedad del mismo.

Es realmente curioso que la doctrina de la culpa haya llevado su arbitrariedad hasta el extremo de introducir un falso presupuesto de la resolución (la culpa) —a ser coherentes, puramente terminológico— que en la ley no consta en modo alguno (108) (109).

(108) Como ha puesto de manifiesto GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., página 320, y voz cit., págs. 887-8), existe una contradicción entre afirmar la necesidad de la culpa a los efectos de la resolución por incumplimiento, y dispensarla a los de la excepción de incumplimiento, puesto que «la rescisión del vínculo en la forma de la resolución del contrato, en la mayor parte de los casos, es necesaria sólo para consentir a la parte cumplidora la repetición de la prestación ya efectuada. Cuando por el contrario la parte no haya cumplido todavía, puede ser suficiente la *exceptio inadimplenti contractus*. En modo que la diversa disciplina de las dos hipótesis, desde la perspectiva de la culpa, no se justifica en modo alguno».

(109) Podría pensarse que el criterio de la gravedad o importancia del incumplimiento, en la medida en que no se contiene en el artículo 1.124 Cc., es también arbitrario. Pero sentado que el artículo 1.124 no consagra ningún criterio discriminador entre incumplimientos a efectos de la resolución, habría que concluir pensando de ese modo, que cualquier otro criterio —y por supuesto también el jurisprudencial de la «voluntad rebelde»— sería arbitrario.

Mas, pues se admite que a pesar de tal omisión, ese criterio discriminador existe —como el propio artículo 1.124-3 deja traslucir al indicar que en determinados casos, y a pesar de la existencia del incumplimiento, no se da la resolución—, debe contenerse, ya que no en el propio artículo 1.124, en el sistema. Y tal ocurre con el criterio de la gravedad, y no con el de la «voluntad rebelde». Pues el primero no es más que el resultado de funcionalizar con arreglo a las exigencias generales de la buena fe (arts. 7-1, 1258 Cc.), la facultad de desvincularse del contrato que se concede a la parte cumplidora. Es en este sentido, en el que debe entenderse la constante jurisprudencia que hace uso de los principios de la conservación del contrato y de la buena fe en esta sede, a modo de contrapeso o filtro de una indiscriminada utilización de la facultad resolutoria («La razón de por qué la leve entidad del incumplimiento preclude la resolución, reside, al mismo tiempo, en el

La valoración de la importancia del incumplimiento es una valoración objetiva, con relación a sus circunstancias y al equilibrio económico de las prestaciones. En dicha valoración emerge el recurso a la buena fe en sentido objetivo (norma de conducta, arts. 1.258, 7-1 C. c.) como técnica de valoración referida al comportamiento del acreedor que insta la resolución (110).

principio de permanencia de las relaciones lícitas y válidamente constituidas, y en el principio de la buena fe contractual», JORDANO BAREA, «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita» en A.D.C., 1951, págs. 303 y ss., y allí, pág. 307).

En realidad, si se observa detenidamente la jurisprudencia que en la resolución por incumplimiento exige el requisito de la «voluntad rebelde», se verifica que ésta es sólo una pura proclamación doctrinal, ya que bajo esa terminología, lo que en realidad se valora es la gravedad o importancia del incumplimiento.

La «voluntad rebelde» no sólo es un requisito (verdaderamente) arbitrario, sino, además, inaprensible; su comprobación exigiría una suerte de jueces-psicólogos. Por ello, este requisito se objetiva en la valoración de la infracción misma del deudor y su incidencia sobre el interés del acreedor según buena fe. La «voluntad rebelde» no es, pues, en la jurisprudencia sino una cobertura nominal del juicio de buena fe sobre la importancia del incumplimiento.

La «voluntad rebelde» es así en manos de la jurisprudencia una flexible cláusula general que, dando cabida a las exigencias de buena fe, funcionaliza la facultad resolutoria e impide su utilización (abusiva) fuera de los casos en que no existe un verdadero y propio interés en la resolución por parte del acreedor (emblemático, el ejemplo puesto por DÍEZ-PICAZO de un demandante que pretende recuperar un terreno vendido y pagado casi en su totalidad, para aprovecharse de una revalorización que ha experimentado).

En suma, la «voluntad rebelde», tomando exactas palabras de este último autor, no enuncia para la jurisprudencia una exigencia positiva (un presupuesto de la resolución), sino que se trata de formular o englobar (con expresión inadecuada, fruto de toda una tradición subjetivista), los casos en que la acción resolutoria debe ser desestimada (por no existir un interés tutelable del actor en la resolución, precisamente aquél interés típico que está en la base de la facultad que la ley confiere, y que configura los límites —institucionales— de su ejercicio legítimo).

Desde esta perspectiva, que permite vislumbrar por encima de su diversidad la línea directriz que subyace en ellos, se comprenden los fallos jurisprudenciales que deniegan la resolución por incumplimiento cuando se trata de obligaciones accesorias, cuando ha existido tolerancia por parte del acreedor frente a la infracción del deudor o resistencia frente a su cumplimiento; o que acogen con cautela la resolución en los casos del retardo o del cumplimiento parcial, negándola en el caso de «infracciones contractuales mínimas y poco significativas»; sentencias que, en definitiva, establecen que el incumplimiento resolutorio, ha de ser «esencial», «grave», «sustancial», «verdadero y propio incumplimiento».

(110) Vid. VISINTINI, «*Impossibilità...*» cit., págs. 28 y ss., y «La responsabilità contrattuale» cit., págs. 105 y ss. Esta autora ha puesto, también, de manifiesto, cómo, bajo la formal referencia a la ausencia de culpa del deudor no cumplidor, la jurisprudencia italiana realiza en realidad valoraciones en términos de buena fe que excluyen la relevancia del incumplimiento a efectos de la resolución por la existencia de comportamientos del acreedor previos a la demanda de la misma, que demostraban la escasa importancia para éste del incumplimiento, y que hacen incorrecta su pretensión de, posteriormente, desligarse del contrato. Se trata, en suma, de un control sobre la legitimidad de la desvinculación del acreedor y no sobre la imputabilidad o no del in-

La subordinación de la resolución por incumplimiento a la sola y estricta importancia del mismo, es coherente con su naturaleza de instrumento derivado de la propia funcionalidad del contrato con prestaciones recíprocas. La resolución no tiene carácter sancionatorio, sino que corresponde a una exacta tutela del contrayente cumplidor o dispuesto al cumplimiento, el cual no sólo tiene derecho a recuperar la prestación ya realizada, sino que debe tener también la facultad de liberarse de un vínculo contractual que no le asegura ya la satisfacción del interés perseguido (111).

Como consecuencia de la recta interpretación de las reglas generales de responsabilidad, aparece asimismo claro que el ámbito de la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, es exclusivamente el de la imposibilidad liberatoria (112), pues la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de causa imputable al deudor, es una forma de incumplimiento como consecuencia del límite de la responsabilidad contractual que con carácter general establece el Código civil (arts. 1.105-1.182, 1.184), y, por tanto, encuentra su sede en la resolución por incumplimiento (art. 1.124 C. c.).

Cuando la obligación se extingue, el problema de la resolución se plantea en sus términos puros: verificado que la obligación del deudor se ha extinguido por imposibilidad liberatoria (arts. 1.105, 1.182, 1.184 C. c.), y que, por tanto, se exonera de toda responsabilidad, resta el problema, dado que se trata de un contrato sinalagmático, de saber si el deudor liberado (que es, a su vez, acreedor de su acreedor), tiene o no derecho a la contraprestación de su deudor recíproco, respecto del cual se plantea, si habiendo perdido la prestación a la que como acreedor tenía derecho, ha de realizar aquélla que, como deudor de su deudor, por su parte debía.

En suma, el problema que se plantea aquí es estrictamente (excluido el de la responsabilidad), el de la distribución del riesgo de la

cumplimiento del deudor (ejs.: cambio de domicilio del acreedor sin la oportuna notificación, escaso interés precedente manifestado en el cumplimiento de una obligación accesoria).

Ya con anterioridad, GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., pág. 319, y voz cit., pág. 887), había sostenido que la referencia del artículo 1.455 Cciv. it. al interés del acreedor agota el problema de la importancia del incumplimiento y de la discriminación entre incumplimientos a los efectos de la resolución. Y había añadido que «cuando el juez —por seguir la tesis doctrinal— efectúa la valoración de la situación bajo el aspecto de la «culpa» del deudor, realiza en efecto en la mayoría de los casos una valoración en términos de «interés» del acreedor».

El artículo 1.455 Cciv. it. establece lo siguiente: «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

(111) Vid. GIORGIANNI, «L'inadempimento» cit., pág. 323, y voz cit., páginas 888-889.

(112) Y no como pretende BIANCA (*ibidem*, pág. 164) el del incumplimiento inculpable; a no ser, que se hable en términos puramente ficticios, y se designe con la ausencia de culpa la no responsabilidad (no-incumplimiento, extinción de la obligación).

contraprestación (de la prestación extinguida por sobrevenida imposibilidad) (113).

Problema que se resuelve con la resolución *ipso iure* del contrato sinalagmático en cuestión (arg. *ex* arts. 1.274-5 y 1.460 C. c., con las particularidades propias, para los contratos traslativos, introducidas por el artículo 1.452 y las «reglas del riesgo» (114).

(113) En cambio, cuando se trata de resolución por incumplimiento, los problemas de la responsabilidad y la resolución se superponen, aunque no se confunden. Pues además de si la parte incumplidora pierde su derecho a la contraprestación por el hecho del incumplimiento no irrelevante (riesgo de la contraprestación), se plantea el problema de sobre quién inciden las consecuencias dañosas de tal incumplimiento (riesgo del incumplimiento). El primer problema es el de la resolución (art. 1.124), que presupone verificado en sentido positivo el incumplimiento con arreglo a las normas de los artículos 1.101 y ss. y sus concordantes (1.182-4) (problema de la responsabilidad), en forma que el acreedor accione por la resolución o por el cumplimiento —en cuyo caso, la prestación tardía es un elemento de la indemnización: *aestimatio rei*— tiene derecho a la indemnización de los daños (art. 1.124-2.).

El sentido del resarcimiento a que se refiere el artículo 1.124 es distinto según se trate de la resolución o del cumplimiento tardío.

En el primer caso se trata de una medida distinta de la resolución, pero concurrente con ella, que actúa sobre su mismo presupuesto (incumplimiento); su extensión —como se deduce a contrario de la disyuntiva que el artículo 1.124-2 establece y de la propia finalidad institucional de la resolución— viene dada por los daños no prestacionales (ulteriores respecto de la prestación o su valor) derivantes del incumplimiento del contrato.

En el segundo caso, el resarcimiento que se coloca junto al cumplimiento tardío se refiere, también, a los daños ulteriores respecto de la prestación debida o su valor equivalente (*aestimatio rei*). Pero, en la medida en que la prestación o su valor, se comprende en la globalidad del resarcimiento, ese «resarcimiento» que el artículo 1.124 añade al cumplimiento tardío, no es como en el caso de la resolución, una consecuencia diversa del global resarcimiento, sino que se trata de dos elementos o ámbitos distintos de una misma consecuencia (el resarcimiento).

En otras palabras, el resarcimiento como consecuencia del incumplimiento cuando acompaña a la resolución, por el propio carácter de ésta, reduce el ámbito del daño resarcible, mientras que cuando funciona aisladamente de aquélla, incluye junto a los daños ulteriores (ámbito común con el primer caso), la prestación debida o su valor equivalente (ámbito propio).

(114) Tal criterio ha sido sostenido por alguna jurisprudencia (cfr. la sentencia T.S. 10 diciembre 1963, R.A. 5220, y la jurisprudencia anterior en ella recogida). En cambio, para otra línea jurisprudencial que parece prevalente, esta justa causa de resolución —descrita como «hecho obstativo que en modo absoluto impide el cumplimiento»— se subsumiría en el propio artículo 1.124, con el consiguiente efecto de que sólo operaría a instancia de parte interesada.

Es cierto que por una u otra vía se admite en todo caso el que la imposibilidad liberatoria opera como justa causa de la resolución, pero las diferencias entre las dos posturas, más allá del mero dato normativo, son relevantes.

El carácter automático (no facultativo) de la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, pone de manifiesto el distinto fundamento que está en la base de la misma y en el de la resolución por incumplimiento. Mientras en el primer caso la extinción de una de las obligaciones del contrato sinalagmático afecta a su esencia causal (art. 1.274), en forma que

En conclusión, puede afirmarse que la disyuntiva de las reglas generales de responsabilidad entre incumplimiento y extinción (no-incumplimiento) es absoluta. De forma que no existe un área intermedia de incumplimientos inculpables que no darían lugar ni a resolución por incumplimiento, ni a resolución por imposibilidad liberatoria sobrevenida (115). El incumplimiento como supuesto de hecho normativo es único, y abarca todos los casos, sin distinción, de no liberación del deudor. La discriminación a los efectos de la resolución entre dichos supuestos, se hace exclusivamente por el criterio de la importancia según el interés de la contraparte, valoración objetiva en la que tiene un papel fundamental la buena fe.

viene a faltar posteriormente, un elemento que es esencial para su nacimiento (la causa, sinalagma genético art. 1.275); en el segundo caso el incumplimiento de una de las obligaciones recíprocas, afecta simplemente al normal funcionamiento del contrato sinalagmático (sinalagma funcional), pues el incumplimiento no obsta a la subsistencia de la obligación incumplida y, con ella, del contrato bilateral (precisamente, al ser la persistencia de la obligación en defecto de su cumplimiento el fundamento de la responsabilidad contractual, se explica que el resarcimiento se añada tanto a la resolución como al cumplimiento tardío).

Por eso sobre esta diferencia constructiva, se perfila una diferencia de mecánica: en el primer caso el contrato se entiende resuelto de derecho una vez extinguida una de sus obligaciones, mientras que en el segundo se concede por la ley (art. 1.124) al acreedor cumplidor la posibilidad de resolver un contrato que no satisface ya su interés (y en la medida en que no lo satisfaga efectivamente).

Por eso en el primer caso (resolución por imposibilidad sobrevenida) no existe posibilidad de elegir entre el cumplimiento tardío o la resolución, aquí sólo procede la resolución, pues el cumplimiento resulta ya imposible, sea en vía originaria (existe imposibilidad de la prestación), sea en forma sustitutiva o por equivalente (el deudor no es responsable; la sobrevenida imposibilidad es liberatoria, a él no imputable, y la obligación, por tanto, se ha extinguido).

Tal régimen se confirma con el artículo 1.460-1 Cc., que si bien textualmente se refiere a la imposibilidad originaria es igualmente aplicable a la sobrevenida y el artículo 1.295-1 Cc. en tanto que la parte liberada por la extinción de su obligación y que recibe la contraprestación de la misma se enriquece injustamente (sin causa).

En este último sentido es en verdad significativo el artículo 1.463 Ccv. it. y su referencia final a las normas del pago de lo indebido: «Nei contratti con prestazioni corrispettive la *parte liberata* per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito».

Del texto de la norma italiana también resulta con claridad la referencia de la justa causa de resolución constituida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación sólo y exclusivamente a la imposibilidad liberatoria (pues la liberación de la parte a que se refiere el texto transrito, sólo se produce cuando, por no ser imputable al deudor la sobrevenida imposibilidad de la prestación, se ha extinguido la obligación de la que constituía su objeto).

(115) La culpa se revela así tan falso presupuesto de la resolución por incumplimiento como de la responsabilidad contractual misma.

Cfr. VISINTINI, «Impossibilità...» cit., pág. 34, y «La responsabilità con trattuale» cit., pág. 111.

En el conjunto de medidas que el sistema ofrece para limitar el sacrificio del deudor, hay que considerar, también, la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de una de sus prestaciones, remedio que si bien no se contempla expresamente en nuestro ordenamiento, se extrae sin dificultad como consecuencia de la vigencia indiscutida dentro del mismo del principio de la buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.) (116). La excesiva onerosidad se ofrece así como un instrumento que permite a la parte onerada desligarse del contrato, cuando las condiciones que determinaban la economía interna del contrato vengan sustancialmente alteradas por acontecimientos extraños al *alea* normal del mismo, de forma que la contraprestación inicialmente pactada no sea ya remuneratoria del esfuerzo que el deudor tendría que realizar para cumplir. Al acreedor se le ofrece en estos casos la posibilidad de mantener en vida el contrato pagando una contraprestación reconducida según equidad a las nuevas circunstancias sobrevenidas.

En tanto la excesiva onerosidad se coloca en el plano de la tutela del mantenimiento de la normalidad de las condiciones sobre las que se apoya la obligación, en forma de consentir al deudor desvincularse cuando su alteración por eventos imprevisibles lo coloque en una posición desventajosa, el impedimento que conlleva la imposibilidad sobrevenida de la prestación (si originado en causa no imputable al deudor), provoca la extinción de la obligación, y su relevancia se coloca en el plano de la responsabilidad, de la justificación del deudor frente al acreedor insatisfecho.

Esta diferencia de naturaleza se vislumbra en la posibilidad de mantener en la excesiva onerosidad el vínculo por parte del acreedor, posibilidad que tiene su límite —que es criterio de distinción entre uno y otro ámbito— «allí donde la mayor onerosidad es tal de desnaturalizar la prestación, transformándola en una prestación diversa y extraña a la normal actividad del deudor» (117).

(116) Conexión con la buena fe que, junto con la idea de la base del negocio, resulta especialmente evidente en la sent. T.S. 23 noviembre 1962 (R.A.5006): «Que así alterada la base del negocio, el propio artículo 1.258 del Código civil, que se cita como infringido por la parte recurrente, viene en apoyo de la accionante, en cuanto establece que los contratos 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, pues es justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de una finalidad legal conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median las excepcionales circunstancias que en el caso presente concurren» (cfr., ésta y otras sentencias que conforman la posición jurisprudencial en la materia, en DÍEZ-PICAZO, «Estudios...» cit., págs. 556 y ss. Sobre la resolución por excesiva onerosidad en general. Vid. del mismo autor, «Fundamentos...» cit., espec. págs. 872 y ss.

(117) TRIMARCHI, «Sull significato...» cit., pág. 531.

Ejemplo de TRIMARCHI: Si las comunicaciones por tierra entre dos países quedasen bloqueadas, ello significaría la liberación de una empresa de transporte por carretera, no pudiéndose exigir ejecutar el transporte por vía aérea (ni aun con pago de sobreprecio), siendo ésta una prestación

La frontera entre imposibilidad y excesiva onerosidad viene dada, pues, porque los medios necesarios para cumplir ante el impedimento sobrevenido sean anormales o extraños al contenido de la prestación, o, por el contrario, sean los normales pero encarecidos (excesivamente) en su costo (118). En tanto la imposibilidad liberatoria supone la extinción de la obligación, la resolución por excesiva onerosidad presupone su subsistencia, ofreciendo, precisamente por ello, el remedio de la resolución (a instancia del deudor, no automáticamente), resolución que puede ser evitada con la equitativa modificación de las condiciones del contrato ofrecida por el acreedor.

También en el conjunto de medidas para tutela del crédito y de definición del límite del esfuerzo debitorio, se sitúa el papel que en este ámbito la buena fe juega. La buena fe, por una parte, es un instrumento de interdicción de exigencias abusivas del acreedor a través de figuras como la inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) o el abuso del derecho, que ensanchan el tendencialmente estrecho campo de la imposibilidad. Pero la buena fe actúa, además, extendiendo el ámbito de relevancia de las conductas lesivas del deudor más allá del interés de prestación, en forma de la integración del contrato con deberes de

extraña a su actividad normal. En cambio, si se trata de una empresa de transportes por tierra y aire la ejecución del transporte aéreo podrá venir impuesta con el pago del correspondiente sobreprecio.

El mismo impedimento, por el diverso carácter de la actividad empresarial, viene calificado como excesiva onerosidad, en el segundo caso, e imposibilidad sobrevenida, en el primero.

(118) Vid. BIANCA, *ibidem*, págs. 144-5.

Nota final: Al culminar con este trabajo el programa de investigación trazado sobre el tema de la responsabilidad contractual, quiero expresar, ante todo, al A.D.C. mi más vivo agradecimiento por su generosa disposición y paciencia para conmigo (a la que ha sido para mí su cabeza visible, profesor Morales Moreno, y también a las «invisibles»).

Asimismo, dada la estrecha interrelación de los distintos trabajos, aparecidos en distintas revistas, y el inevitable retraso que ha producido acumular tres de ellos en una misma, he considerado oportuno finalizar con una cronología de todos ellos y sus lugares de publicación. En este Anuario se han publicado las tres primeras entregas, cuya elaboración definitiva se data, en el mismo orden de su publicación, entre julio de 1983 y febrero de 1984: «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español» (A.D.C., enero-marzo 1984); «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español» (A.D.C., mayo-agosto 1985); y el que ahora se publica. Posteriores en su elaboración, aunque hayan aparecido antes que alguno de los anteriores, son: «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», finalizado en septiembre de 1984 (R.D.M., septiembre-diciembre 1984) y «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», finalizado en marzo de 1985 (R.C.D.I., mayo-junio 1985). Fuera del programa inicialmente concebido (diseñado en el primer trabajo aparecido), pero con reflexiones generales sobre la responsabilidad contractual (y aun extracontractual) e incorporando un análisis detallado de la doctrina francesa, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», acabado en junio de 1985 (R.G.L.J., enero 1985).

Finalmente, me permito indicar el texto correcto de la línea 17, p. 319, de «Las reglas generales...», cit., inadvertidamente interlineado: «acreedor (cfr. art. 306-2.º C. com.), que evita así ulteriores perjuicios».

seguridad o protección (que también protegen la esfera debitoria de ingerencias dañosas del acreedor), la violación de los cuales ensancha el campo de la responsabilidad contractual.

Finalmente, tampoco se olvidan, una vez superadas restricciones arbitrarias acerca del ámbito de la responsabilidad extracontractual, la tutela aquiliana del crédito como instrumento para su defensa contra lesiones del mismo provenientes de personas diversas del deudor, y las amplias posibilidades de concurso de acciones de responsabilidad aquiliana y contractual, que operan un reforzamiento de la tutela creditoria.

De esta forma la extensión de la defensa del crédito y el grado de esfuerzo requerido del deudor, vienen a ser el producto de una situación global del ordenamiento, de una integración armónica de instituciones diversas, en modo que solamente la contemplación de todas ellas determina la manera en que el interés por la actuación del crédito, y el antagónico de limitar el esfuerzo debido, se compatibilizan.

La tutela civil del Derecho a la intimidad

(Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)

Por LUIS ROJO AJURIA

Profesor de Derecho civil
(Universidad de Deusto)

I. INTRODUCCION

El tema que se aborda en este artículo ha recibido una creciente atención por parte de la doctrina durante los últimos años. Sin embargo, tras la lectura de muchas de estas aportaciones, me venía a la mente el título de una de las primeras películas de Alexander Kluge: «Artistas bajo la carpa del circo: perplejos». La perplejidad del civilista ante una materia que, al menos en apariencia, se resiste a ser moldeada con sus instrumentos dogmáticos tradicionales. Pero las apariencias pueden ser engañosas, y la huida hacia adelante peligrosa. Sería oportuno recordar la conclusión a la que llega la protagonista de la mencionada película: «Con grandes pasos sólo consigue uno ponerse en ridículo». La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 invita a una reflexión al respecto.

Hay otros caminos, quizás más arduos pero siempre más fructíferos a la postre, como el señalado por el maestro Roubier (1): «Una ciencia es un lenguaje bien hecho, y se debe reconocer muy humildemente que a los términos de los que se sirven constantemente los juristas les falta nitidez; las palabras: derecho, acción, poder, facultad, libertad, son constantemente utilizadas las unas por las otras...». En nuestro caso la humildad ha de llegar al extremo de plantearse los tres términos de la proposición. Es preciso contestar sucesivamente a tres preguntas: Primera, ¿cuál es, o puede ser entre varios alternativos, el significado (jurídico) de intimidad? Segunda, ¿qué supone, si es posible, el configurar tal intimidad como un derecho? Tercera, ¿en qué puede consistir la tutela civil (del derecho) a la intimidad?

Por supuesto que no es nada fácil el cerrar tales interrogantes,

(1) ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, París, 1963, p. 11.

ni lo permite el carácter y las dimensiones de este artículo. Así pues habremos de conformarnos en esta primera aproximación al tema con unas sugerencias fragmentarias, y como tales habrán de ser valoradas.

II. LA INTIMIDAD

«El dilema existencial del derecho a la intimidad ha dominado la escena hasta hace muy pocos años; y el empeño puesto en el afrontar la elegante cuestión dogmática ha acabado por relegar a la penumbra los aspectos de contenido». Tales afirmaciones de Pardolesi (2) nos colocan ante una sorprendente paradoja: en el tema en estudio se ha pretendido resolver antes el problema del fundamento, y de los medios de tutela, que el de la delimitación del objeto de la tutela.

Sin embargo, parece evidente que, en palabras de Cataudella (3), «si se quiere dar fisonomía concreta a la tutela de la vida privada, no se puede renunciar a determinar la esfera privada, que marca el ámbito de dicha tutela». No se puede renunciar porque es el *quid iuris*. Una cosa es que como dice Giorgianni (4): «El bien de la intimidad se levanta a la posición de derecho subjetivo... la calificación de ilícita pues debe atribuirse a cualquier violación de la vida privada, por ejemplo a través de la captación o la divulgación de noticias...». Pero el mismo autor añade a continuación: «una vez se haya afirmado que éstas pertenecen a la esfera exclusiva del sujeto» (5).

En mi opinión, la primera exigencia de la tutela civil del derecho a la intimidad es, precisamente, la tipificación de la intimidad. Por el contrario es bastante frecuente la elusión de este problema por parte de los civilistas. Así entre las recientes aportaciones españolas sobre el tema se nos remite a la libertad (6) o al hombre objetivado (7). Más revelador es el enfoque dado en la obra de Fariñas de la que cabe destacar la relación entre dos conclusiones (8):

«16.^a b) Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible erga omnes, consistente en poder graduar el

(2) PARDOLESI, Roberto, *Privacy e identità personale nell'analisi economica del diritto*, p. 169.

(3) CATAUDELLA, Antonio, *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffré, 1972, p. 83.

(4) GIORGIANNI, Michele, *La tutela della riservatezza*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino 1971, p. 149.

(5) El subrayado es mío.

(6) VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-82*, Madrid, Montecorvo, 1984 passim.

(7) CLAVERIA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982*, de 5 de mayo, en «Anuario de Derecho civil», octubre-diciembre 1983, p. 1258.

(8) FARIÑAS MANTONI, Luis M., *El derecho a la intimidad*, Madrid, Triumvir, 1983, p. 357.

"eje mismidad-alteridad" que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado...».

«15.^a Dada la complejidad que la intimidad entraña, al hablar de derecho a la intimidad es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo...»

Tales planteamientos nos muestran una gran potencialidad comparando la intimidad con la propiedad (y no sería ocioso recordar que en sus orígenes, Warren-Brandeis, iban unidas). Hagamos la comparación en los términos más favorables posibles: siguiendo la posición de Kelsen para quien el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa (9).

Creo a su vez que se puede aceptar la posición de Kayser (10) según la cual el respeto a la vida privada, dentro de las clasificaciones tradicionales, se correspondería a una obligación de no hacer. Así propiedad e intimidad podrían compararse en términos de obligación pasiva de todos los demás de no hacer... Sin embargo existe una gran diferencia. Kayser para superar dificultades teóricas, propone la sustitución de la fórmula derecho subjetivo por la de *poder que tiene un contenido determinado* (11). No es en la configuración del poder, sino en la determinación del contenido, donde propiedad e intimidad cumplen funciones bien distintas.

La propiedad en el enfoque de los realistas escandinavos, en especial Alf Ross y Karl Olivercrona, se presenta como una *palabra «hueca»* que no denota hecho alguno y que, sin embargo, tiene una importante función técnica dado su poder de síntesis. Así la función técnica del término «propiedad» consiste en *reemplazar la mención de una conjunción de consecuencias jurídicas en frases que indican un hecho condicionante* (12) y en reemplazar la mención de una disyunción de hechos condicionantes en oraciones que señalan una cierta consecuencia. Es decir, que, si bien mediante el uso del término «propiedad» se obtiene una gran economía de palabras, la mención de la calidad de propietario no deja de ser superflua, ya que en cualquier derecho positivo moderno se determina la conjunción de consecuencias jurídicas (derivadas de tal hecho condicionante).

Muy por el contrario el término «intimidad» difícilmente puede reemplazar a unas consecuencias jurídicas indeterminadas. A la inversa no nos encontramos ante una palabra «hueca», sino ante una *palabra «caballo de Troya»* a través de la cual las libertades

(9) A efectos de la comparación planteada y de todos los autores que en ella se citan, me remito a NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 195 a 216.

(10) KAYSER, Pierre, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, en Rev. trim. dr. civ., 1971, pp. 445-509.

(11) El subrayado es mío.

(12) El subrayado es mío.

fundamentales pueden ser degradadas a intereses cuyo ejercicio es condicionado (por lo que la Corte reputa ser conforme al demasiado vago parámetro de razonabilidad) (13). Es decir, que la mención del término «intimidad» nunca va a ser superflua, en el sentido anteriormente indicado, porque precisamente a través de su utilización, cual «caballo de Troya», se pretenden introducir en el ordenamiento jurídico determinadas consecuencias no establecidas previamente. Esto se puede ver claramente en la evolución de la jurisprudencia constitucional americana resumida por Baldasare (14). Se expresa en la emancipación progresiva del derecho de *privacy* de su originaria connotación de *privacy-property* a la actual de *privacy-dignity*, mediante la superación de los esquemas privatistas.

«En tal proceso se pueden distinguir tres fases. La primera, hasta el *New Deal*, corresponde al conocido fenómeno del uso del derecho de *privacy* como forma de tutela jurídica de los intereses de los propietarios... La segunda fase (1937-1954) introduce afirmaciones de principios antitéticos respecto a la *privacy-property* y valores, como el de la tranquilidad espiritual, que no habían disfrutado nunca en el pasado de una autónoma tutela jurídico-constitucional... Por fin, una tercera fase, que se inicia en la segunda mitad de los años cincuenta, la cual se caracteriza por el predominio de los principios propios del liberalismo humanitario o del humanismo idealista».

La emancipación del concepto de *privacy* de propiedad privada ha supuesto a su vez que el contenido del «derecho de *privacy*» se extienda hasta el punto de cubrir casi el área entera de los derechos de libertad (16).

Surge así la vida privada como ideología, idea derivada de la libertad, y como utopía, que han de partir de una más amplia premisa lógica: una concepción del individuo abstracto, desarraigado de la sociedad y del sistema institucional en el que vive (17). Desde este punto de vista se tiende a definir *privacy* como el conjunto de los derechos, intereses y datos pertenecientes al individuo considerado en sí; lo cual presupone que la definición *privacy* se realiza dentro del esquema que contrapone el individuo a la comunidad estatal.

La intimidad adquiere una gran relevancia para definir el sistema de relaciones sociales y políticas, siendo preciso destacar que pretende definir el todo sobre la base de la parte, es decir, el individuo (18). No es este el lugar apropiado para hacer una valoración de los contenidos ideológicos que ha asumido la cuestión de

(13) BALDASARRE, Antonio, *Privacy e costituzione (L'esperienza statunitense)*, Roma, Bulzoni, 1974, p. 474.

(14) Id. *Op. cit.*, pp. 457 a 461.

(16) Id., *Op. cit.*, pp. 458 a 460. El autor señala que se ha hablado de *privacy* política, *privacy* de la esfera íntima, *privacy* personal.

(17) Id., *Op. cit.*, p. 464. En este sentido son paradigmáticas las posiciones de los mencionados VIDAL MARTÍNEZ y FARIÑAS MANTONI.

la «intimidad». Baste asumir, para la argumentación que se sigue, que el resultado de tales planteamientos, como dice Baldasarre, nos lleva a no poder definir en algún modo la línea de división entre lo público y lo privado, y, por lo tanto, a formular una noción de *privacy* siempre arbitraria e ininteligible. En definitiva, el significado de «intimidad» se nos presenta como lógica, política y culturalmente ambiguo; como «ideología, como utopía y como valor positivo» (19).

Sería absurdo ignorar las raíces a través de las que se alimenta la poderosa carga de ambigüedad de la intimidad, lo que posibilita su función de «caballo de Troya» en el ordenamiento jurídico. Pero tampoco se puede ignorar que el Derecho (el legislador) podría dar un contenido concreto, en un determinado ordenamiento jurídico, a la intimidad (entre otros posibles). Es decir, una cosa es el problema que se plantea y otra la solución que adoptemos. Me parece en este sentido que tal como afirma Wacks (20) la generalización antes aludida de la *privacy* tiene una limitada utilidad para la técnica jurídica. Pero nos encontramos en un terreno en el que la técnica jurídica es deudora de opciones de política legislativa, y éstas de opciones políticas *tout court*.

Se puede estar de acuerdo con Wacks en que cualquiera de las propuestas del Younger Committee inglés para abordar el problema, el ajuste a las formas de acción existentes, la configuración de un derecho general de *privacy*, o la declaración de un derecho constitucional de *privacy* sin especificar su contenido preciso, son insatisfactorias. Y se puede considerar poco satisfactoria toda solución que no conteste a las dos preguntas formuladas por Wacks (21):

1) ¿Existe alguna utilidad en emplear «*privacy*» para describir el interés que se busca proteger legalmente o que ya recibe protección (suficiente o no) en otro contexto?

2) Si así es, ¿cuáles son las características de la «*privacy*» y las circunstancias que constituyen su invasión?

No se trata, en mi opinión, de preguntas sin respuesta posible. La tipificación en base a criterios objetivos es una labor que se puede realizar, tal como lo hace Cataudella (22). El autor se basa en diversos parámetros objetivos para delimitar el ámbito de la intimidad: domicilio, correspondencia, difusión de noticias privadas, revelación de noticias secretas, formas de conocimiento (contra la voluntad del interesado, por necesidad o voluntariamente), acontecimientos que se desarrollan en público (interés a la reserva y a la información), tutela de la imagen. Tal planteamiento

(18) Id., *Op. cit.*, pp. 465 a 467.

(19) Id., *Op. cit.*, p. 461.

(20) WACKS, Raymond, *The Protection of Privacy*, London, Sweet & Maxwell, 1980.

(21) Id., *Op. cit.*, p. 21.

(22) CATAUDELLA, *Op. cit.*, pp. 83 a 113.

me parece irreprochable desde la perspectiva de la técnica jurídica, pero así la quimera de la intimidad queda reducida a muy poco en su relevancia jurídica. Por ello me parece preferible la posición similar, pero de perspectiva más amplia, de Wacks (23): el desarrollo sectorial de específicas medidas legislativas, porque cada problema requiere su propio análisis legal. Es decir, dentro de la creciente generalización de la *privacy* es necesario hacer distinciones.

En primer lugar cabría diferenciar a la intimidad de otras cuestiones diversas, que sin embargo suelen englobarse en aquélla (otras libertades específicas, difamación, propiedad...), entre las que destaca el secreto y la confidencialidad (comercial) (24). La existencia de unas «funciones sociales del secreto» como pueden ser la medicina, asistencia social, las fuentes de información de los periodistas y de la policía... (25) requiere un tratamiento diferenciado por el Derecho. Secreto e intimidad son cuestiones diferentes, y así lo patentiza, por ejemplo el proyecto de ley orgánica sobre secreto profesional y cláusula de conciencia de los periodistas promovido por la Federación de Asociaciones de Prensa de España.

Ya dentro del campo de la intimidad, siguiendo la sistemática de Wacks, podríamos distinguir distintos problemas específicos. Bajo el epígrafe *intrusión* se incluyen: 1) Vigilancia ilegal por medios subrepticios. 2) Interferencias telefónicas. 3) Interferencias de la correspondencia. 4) Investigaciones y otras intrusiones físicas (p. e. toma de huellas dactilares). 5) Detectives privados. 6) Exclusión de pruebas obtenidas impropiamente. 7) La prensa. 8) Llamadas y correo no solicitado. Bajo el epígrafe *publicidad* se trata de la revelación pública de hechos privados sobre un individuo, tema relacionado básicamente con la libertad de prensa y de creación artística, pero que también tiene otras aplicaciones como la publicación de antecedentes penales (Rehabilitation of Offenders Act 1974) y de diligencias judiciales en ciertos casos. Wacks dedica atención específica al problema planteado por la *informática* y en último lugar bajo el epígrafe *identidad* trata de los problemas planteados por la apropiación de ésta y la «false light» (similar a la difamación).

La propuesta de Wacks, que comarto globalmente, consiste en abordar cada uno de los sectores y problemas planteados mediante específicas medidas legislativas. Sin embargo en el ordenamiento jurídico español es preciso partir desde 1978 de la proclamación constitucional de un derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 1.), derecho sin un contenido

(23) WACKS, *Op. cit.*, passim.

(24) En este sentido resulta paradigmática BATTLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, Marfil, 1972, que incluye en su obra todo tipo de secreto.

(25) Cito los sectores analizados por el interesante estudio a cargo de COUETROUX, DI RUZZA, DUMOULIN, GLEIZAL, *La Justice face aux fonctions sociales du secret*, París, La documentation française, 1981.

preciso. Esto es importante porque toda ley de rango inferior se considerará como efecto de una causa (el art. 18.1. de la Constitución). Así la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 dice: «El desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica... del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado art. 18.1. de la misma constituye la finalidad de la presente ley» «El *quid iuris* entonces va a estar en analizar en qué sentido se desarrolla el artículo 18.1., y, en este apartado concreto, en el estudio de la potencial tipificación de la intimidad.

El punto de partida ya es de por sí no muy alentador. La yuxtaposición de intimidad, honor y propia imagen no ayuda a la labor de tipificación, aunque tampoco creo que obligue irremisiblemente a hablar de la existencia de un único derecho tricéfalo como asume Vidal Martínez (26). La exposición de Motivos indica: «De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas... La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos 7.^º y 8.^º de la ley». Sin embargo, tras la lectura de los mencionados artículos no se puede compartir el optimismo del creador respecto a su obra.

El artículo 7, sin pretensiones de agotar su exégesis, plantea en los apartados 1 y 2 supuestos de vigilancia ilegal respecto a la «vida íntima» de las personas. El apartado 3 nos habla de la divulgación de hechos relativos a la «vida privada» de una persona o familia que afecten a su «reputación y buen nombre», así como la revelación... de «carácter íntimo». El apartado 4 se refiere a la revelación de «datos privados». El apartado 5 sorprendentemente nos dice «en lugares o momentos de la vida privada... o fuera de ellos», es decir, ¿en cualquier momento o lugar? Y, aunque no se refiera a la intimidad, el apartado 7 es la culminación del espejismo cuando «define» como intromisión ilegítima: «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando (la difame) o la haga desmerecer en la consideración ajena». ¿Es pues ilícita la divulgación de un hecho o expresión ciertos que simplemente hacen desmerecer a alguien en la consideración ajena? Sólo cabe la reducción al absurdo.

La exégesis del artículo 7 no resuelve, en mi opinión, el problema planteado y, mucho menos, la interpretación sistemática de los artículos 7 y 8. Sólo nos queda el recurso al artículo 2, pero como dice Clavería (27): «De ello se infiere que la redacción del número 1 del artículo 2 es muy desafortunada, constituyendo un claro ejemplo de cómo no debe elaborarse un texto legal... interpretado literalmente, conduce a la anulación de la protección que

(26) VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, *passim*.

(27) CLAVERÍA, *Op. cit.*, pp. 1250 y 1251.

la Ley pretende conferir y a la ruptura con principios que esa misma Ley reputa definitorios de estos derechos». La lectura del artículo 2 plantea serios problemas que conducen ya sea a una posible inconstitucionalidad, ya sea, en cualquier caso, a una desconstitucionalización de la materia.

Art. 2.^º 1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso...

Como se indica en la propia Exposición de Motivos el desarrollo del artículo 18. 1, a tenor del artículo 81. 1, ha de hacerse mediante Ley Orgánica. ¿Qué sucede si esta Ley Orgánica se limita a remitirnos a las leyes? Pero en mi opinión el problema adquiere sus dimensiones más reales, no en la elusión del artículo 81, sino en la del artículo 53 1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...». ¿Cómo pueden las leyes respetar el *contenido esencial* si lo están a su vez conformando? A fortiori, ¿qué decir de la remisión a los usos sociales y a los propios actos? El problema se multiplica, y nos muestra una vertiente especialmente peligrosa, cuando tal *contenido esencial* del artículo 18. 1. se establece como límite de otros derechos en el artículo 20 4. y 105 b) (recordemos el «caballo de Troya» mediante el que se degrada el ejercicio de ciertas libertades fundamentales).

No creo por lo tanto que, a pesar de los pesares, el derecho a la intimidad haya quedado tipificado como opina Clavería. Es obvio que el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 18 1.; pero también me parece obvio que desconocemos su *contenido esencial*. El *quid iuris* de esta paradoja vuelve a reflejarse en una de las conclusiones de Fariñas (28):

«9.^a La función jurisdiccional, función estatal, es esencial para la debida protección de la intimidad: un juez imparcial para delimitar interés público-esfera privada, teniendo en cuenta los principios generales, las normas específicas y las condiciones de cada caso concreto y de cada cultura específica, ejerciendo un poder discrecional».

Otorgar a un juez (imparcial) el poder (discrecional) de delimitar interés público-esfera privada, no es un simple planteamiento doctrinal. Veamos las conclusiones del quinto congreso de la

(28) FARÍÑAS, *Op. cit.*, p. 356.

Unión Internacional de Magistrados (29): 1) «el legislador no formule ninguna definición de *privacy*»; 2) «la importancia de la intervención de un imparcial juez objetivo, en la delicada materia de protección de la vida privada y familiar, y su papel decisivo en la concreta definición de las áreas del público interés y la esfera privada... así se establecerá un nuevo derecho consuetudinario en el más amplio sentido de la frase... definiendo en sus decisiones una escala de valores que permitirá el establecimiento de un obligatorio código de conducta...». Queda aquí formulado explícitamente el presupuesto inconfesado de muchos posicionamientos que, en mi opinión, no se puede compartir.

En primer lugar porque no creo que los artículos 117 y ss. de nuestra Constitución atribuyan al poder judicial ese poder legislativo encubierto para establecer «derecho consuetudinario» y «obligatorios códigos de conducta». En segundo lugar porque la delimitación de lo público y lo privado, como ya hemos visto, es ni más ni menos que el problema político de definir el sistema de relaciones sociales y políticas, y, en tal caso, si bien se puede aceptar la figura del juez jurídicamente objetivo e imparcial, es absurdo hablar de un juez políticamente objetivo. Y digo absurdo porque en el marco de una política democrática el problema no se plantea en términos de objetividad, sino de elecciones entre diversos partidos políticos que representan distintas opciones sociales e ideológicas. La correlación de fuerzas en el poder legislativo es fruto de los resultados electorales, pero ¿qué determina tal correlación en el poder judicial? Por otro lado reconducir el problema a la vía judicial, en detrimento de otras, nos coloca ante el debatido problema de su funcionamiento, y de su adecuación a los fines propuestos. En último término quisiera destacar que apelar a la justicia sustantiva siempre es lícito, pero tampoco debemos olvidar como ya destacó Max Weber (30) que la calculabilidad legal (predecibilidad de la decisión, es decir, la seguridad jurídica) ayuda también a garantizar la libertad individual. Cuando el «formalismo jurídico» adquiere connotaciones peyorativas convendría recordar que: «permite al sistema legal operar como una máquina técnicamente racional; de esta forma, garantiza a los individuos y grupos en el sistema un máximo relativo de libertad, y aumenta en gran cantidad para ellos la posibilidad de predecir las consecuencias legales de sus acciones».

Aplazando para las conclusiones finales las reflexiones acerca de la concepción implícita del derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en cuanto desarrollo del artículo 18 1., se pueden ya establecer unas *conclusiones parciales*:

El problema de la tipificación *real* de la intimidad, es decir, de

(29) Unione Internazionale dei magistrati, *Il giudice e il rispetto del diritto alla riservatezza*, Atti del quinto congresso internazionale, Firenze 4-6 ottobre 1974, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 175-177.

(30) V. KRONMAN, Anthony T., *Max Weber*, Jurists: Profiles in Legal Theory London, Edward Arnold, 1983, pp. 72 a 95.

la determinación de *contenido esencial* del derecho a la intimidad no es tanto una cuestión técnico-jurídica como una opción político-ideológica. La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 se inhibe ante tal problema, pero tal inhibición no carece de consecuencias. En primer lugar la no tipificación real posibilita la configuración de la intimidad como «palabra caballo de Troya» en el marco de los derechos y libertades fundamentales, sobre todo en relación con los artículos 20.4. y 105-b) de la Constitución. La determinación del contenido se desplaza del legislativo al poder judicial, y en última instancia al Tribunal Constitucional (como cuando resolvió el recurso planteado por la Sentencia del 18 de junio de 1983 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que declaraba inconstitucionales ciertos artículos de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, en sentido contrario, es decir, considerando el Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad no impide a Hacienda investigar las cuentas bancarias de los contribuyentes; o en la más reciente Sentencia de 29 de noviembre de 1984 sobre pruebas ilícitamente obtenidas). No es sólo la determinación del contenido, sino que el control y el ejercicio del derecho a la intimidad se conciben desde una perspectiva litigiosa o judicial, en detrimento de otras vías establecidas por el poder legislativo, como la administrativa u organismo independientes, tema sobre el que volveremos en las conclusiones finales.

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Siguiendo de nuevo el magisterio de Roubier (31) es preciso analizar las consecuencias de la configuración de un «derecho a la intimidad». Para Roubier las diferencias entre el derecho subjetivo y las situaciones objetivas, en el plano de la organización jurídica, radican esencialmente en la imposibilidad de renuncia y transmisión de las segundas. Así para Roubier los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos porque, en la concepción tradicional, tales prerrogativas son inalienables e imprescriptibles. No es mi intención introducirme en la ardua polémica que tantas líneas ha ocupado a la doctrina, sencillamente porque me parece que la realidad marcha en otra dirección como señala Kayser (32): «la experiencia francesa registra fenómenos de unión entre la persona y el patrimonio que no se pueden disimular con el énfasis sobre las fórmulas tradicionales... se insinúan elementos de valoración patrimonial en una vasta zona de los derechos de la personalidad...».

El Derecho Civil se convierte así en el moderno rey Midas:

(31) ROUBIER, Paul, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1964, pp. 85 a 92.

(32) KAYSER, *Op. cit.*

convierte en dinero todo aquello que toca. Pero, ¿realmente se trata de una condena fatal e ineludible? No lo creo así, y para mi argumentación me apoyaré en unas categorías de Calabresi (33): *property rules, liability rules, inalienable entitlements*.

1) «Un *entitlement* está protegido por una *property rule* cuando alguien que desea adquirirlo de su titular debe comprarlo de éste en una transacción voluntaria en la que el valor del *entitlement* se acuerda con el vendedor... *Property rules* implican una decisión colectiva respecto a quién se atribuye un *entitlement* inicial pero no respecto al valor del *entitlement*. 2) «Un *entitlement* está protegido por una *liability rule* cuando su transmisión o destrucción está permitida sobre la base de un valor determinado por algún órgano del Estado más que por las mismas partes». 3) «Un *entitlement* es *inalienable* cuando su transmisión no está permitida entre un potencial comprador y un potencial vendedor. Toda monetización está, por hipótesis, fuera de lugar...».

Cuando la Ley Orgánica en su artículo 1.3. establece que «el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», parece que la opción de política legislativa es clara: se trata de *inalienable entitlements*. Pero la lectura completa de la ley nos lleva a conclusiones radicalmente distintas, aunque algún autor (34) se siga aferrando a la retórica afirmación del artículo 1.3. Una ley de nueve artículos que dedica los artículos 3 al 6 y el 9 a «afinar la legitimación», es decir, a la atribución del *entitlement*; una ley que en el artículo 2 permite que el interesado con sus propios actos o con su consentimiento excluya la ilegitimidad de la intromisión.

La monetización ha dejado de ser una hipótesis fuera de lugar, porque el legislador así lo ha querido. En cualquier caso estamos en un terreno en el que, atribuidos los *entitlements*, cabe pensar en su protección a través de *liability rules* más que de *property rules*, ya que difícilmente va a ser posible una valoración de mercado. Volviendo a Max Weber (35) «un máximo grado de racionalidad formal en la acción económica puede ser obtenido solamente donde todas las utilidades económicas tienen asignado un valor monetario y esto, a su vez, presupone la existencia de un mercado universal». No parece posible el desarrollo de un mercado universal en este terreno, pero sí, y la realidad nos lo está demostrando, la configuración de un «mercado sui generis» de la intimidad, el honor, y la propia imagen, cuyo precio estará fijado en función de las decisiones judiciales.

No se puede descartar tampoco el análisis en función de pro-

(33) CALABRESI, Guido, and MELAMED, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, en Harvard Law Review, pp. 1089 a 1128.

(34) V. VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, *passim*.

(35) V. KRONMAN, *Op. cit.*, pp. 130 a 137.

property rules (36) y, sobre todo, la incidencia de una Ley como la del 5 de mayo de 1982 en la propiedad intelectual. Una reciente sentencia condenando a la revista «Interviú» al pago de cuarenta millones ignora prácticamente la existencia de un mercado estable de la fotografía (agencias...) y la orden Ministerial de 9 de enero de 1953 por la que se atribuye la propiedad intelectual al fotógrafo. En esta línea sería preciso estudiar, como hace Clavería (37), el artículo 2.3 que establece la posibilidad de una revocación en cualquier momento del consentimiento... suponemos que buscando el equilibrio de intereses entre quien presta consentimiento (vende) y quien lo recibe (compra).

Otra reciente sentencia nos plantea la posibilidad de una exacerbación de la propiedad, no ya de la propia imagen, sino de la intimidad. Se ha condenado a los autores de una película al pago de siete millones y medio por el relato de unos hechos públicos y notorios, mientras la demandante cumple condena en la cárcel a causa de tales hechos. Comparemos este caso con el planteado en Melvin V. Reid como consecuencia de la película «The Red Kimono» (38). La demandante había sido una prostituta, procesada por asesinato, que posteriormente cambió de vida, se casó, y había sido aceptada en un círculo social respetable, ignorante de su pasado. El Tribunal en Melvin V. Reid consideró que la película podía haber sido realizada sin revelar la identidad de la demandante, y condenó al demandado. La *ratio decidendi* de ambas sentencias es, en mi opinión, bien distinta: en una se protege la *privacy*; en otra se establece la propiedad sobre la *privacy* (no en vano la demandante alega que la película se realiza con ánimo de lucro).

En conclusión, si prescindimos de polémicas dogmáticas y analizamos las consecuencias prácticas, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 opta por una patrimonialización del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen que, además de los efectos indirectos sobre otras libertades ya señalados en el apartado anterior, puede plantear serios conflictos con la regulación de la propiedad intelectual.

IV. LA TUTELA CIVIL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Junto al empeño por parte de la doctrina de calificar al derecho a la intimidad como verdadero derecho subjetivo, destaca también su énfasis en salir del terreno de la responsabilidad civil ex artículo 1.902 (39). Volvemos a encontrarnos ante un espejismo

(36) Un análisis interesante, dentro de la más estricta ortodoxia marxista, es el realizado por EDELMAN, Bernard, *Le droit saisi par la photographie*. Existe traducción al castellano de Roque Carrión Wam, *La práctica ideológica del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1980.

(37) CLAVERÍA, *Op. cit.*, pp. 1252 a 1255.

(38) WACKS, *Op. cit.*, pp. 78-79.

(39) En este sentido resulta paradigmática la posición de VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, quien se refiere a los estrechos cauces del art. 1902.

fruto de una confusión. La diferencia entre un derecho subjetivo y las situaciones objetivas, según Roubier (40), en el plano contencioso se refieren, entre otras, a que en el segundo caso es necesario la prueba de: a) la falta del demandado; b) el perjuicio sufrido por el demandante; c) la relación de causalidad entre la falta y el perjuicio. Así se ha llegado a afirmar que, siendo el derecho a la intimidad un derecho subjetivo, ya no es necesario demostrar ni el perjuicio, ni la causalidad, ¿ni siquiera el ilícito? En realidad se están confundiendo reglas propietarias y reglas sobre el resarcimiento del daño, que pueden aplicarse simultáneamente como indica Di Majo en una obra fundamental para aclarar los términos de la cuestión (41). No es este el lugar apropiado para profundizar en el tema, por ello baste indicar que si se me reconoce el derecho de propiedad sobre el objeto X tendré a mi disposición las normas del ordenamiento jurídico que protegen el derecho de propiedad, pero que si el objeto X sufre unos daños habrá que acudir a las reglas sobre reparación de daños (a lo que cabría añadir las reglas de la tutela posesoria).

El problema es entonces otro, el de la selección de los daños resarcibles en un ordenamiento, porque como bien señala De Cupis (42): «Determinar bajo qué condiciones el daño produce efectos jurídicos, es indudablemente una de las más graves tareas del legislador. Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño». Entonces el *quid iuris* radica en la relación entre daño antijurídico y derecho subjetivo, o, como han señalado Alpa y Bessone en la «atipicidad (o tipicidad) del ilícito» (43). En un sistema de ilícitos típicos sólo el daño provocado por la violación de un derecho subjetivo podrá calificarse como antijurídico. Sin embargo, cuando el ilícito es atípico como en el sistema español tal problema no se plantea como un fuerte obstáculo.

Si como indican Alpa y Bessone la tendencia histórica ha sido la de una progresiva ampliación del área del daño resarcible, en el ámbito que estamos analizando, ¿dónde se han planteado las verdaderas dificultades? La Jurisprudencia española, tal como resume García Serrano (44), encontraba el obstáculo no tanto en el derecho subjetivo vulnerado como en la posibilidad de reparación de los daños no patrimoniales.

El problema de la extensión del daño resarcible se plantea entonces desde otra perspectiva, la de los daños morales. Nuestra Jurisprudencia va admitiendo progresivamente la indemnización del daño moral. Se nos dice que en este caso la función del dinero

(40) ROUBIER, *Op. últ. cit.*, pp. 92 a 95.

(41) DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1982.

(42) DE CUPIS, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 82 a 105.

(43) ALPA, G. y BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito, I profili dottrinali*, Milano, Giuffrè, 1977, *passim*.

(44) GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, en «Anuario de Derecho Civil», 1972, pp. 799 a 851.

no es de resarcimiento sino una función compensatoria o satisfactoria, aludiendo Cataudella (45) incluso a cierto carácter de pena civil, lo que, en mi opinión, no carece de fundamento.

Lo que es esencial destacar en este punto es que lo que ha variado fundamentalmente en todos los ordenamientos jurídicos es la valoración del daño a la persona (46). Estamos muy lejos de los parámetros de principios de siglos, basados casi exclusivamente en la incapacidad laboral. Pero esta valoración más amplia del daño a la persona ha sido ya realizada por la Jurisprudencia, y dentro de la responsabilidad civil, como constata García Serrano. Por lo tanto, siendo bastante difícil en el tema de la intimidad la reparación específica (la publicación de la sentencia no tiene sentido en este caso y puede, incluso, ser contraproducente por su divulgación), no veo razones para que la valoración de los daños a la persona sea en estos casos distinta a la efectuada normalmente, ni creo que tampoco el artículo 9.3. de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 establezca y permita unos criterios de valoración diferentes. En conclusión, está totalmente injustificada la pretensión de separar el tema en estudio de la responsabilidad civil ex artículo 1.902, e incluso de otras reglas generales como las de los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil. Tal pretensión además choca con una línea jurisprudencial firme dentro de la cual habrá que encuadrar el artículo 9.3. de la Ley Orgánica. En mi opinión, el artículo 9.3. introduce un elemento perturbador que no es ni la presunción de la existencia de perjuicio, ni la extensión de la indemnización al daño moral... Lo que tiene difícil encaje, incluso desde la perspectiva más rigurosa del dolo ex artículo 1.107-2.º, es el último inciso: «También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Tal inciso, como elemento de valoración ajeno al daño causado, vuelve a introducir esa perspectiva del «reparto de beneficios» entre demandante y demandado, que puede ser un curioso incentivo para la litigiosidad (si yo demando a una revista, por ejemplo, puedo estar motivado no tanto por los daños morales que he sufrido, quizás soportables, como por la perspectiva del «beneficio obtenido»).

La tutela civil del derecho a la intimidad no surge pues ex novo, ajena a toda una evolución doctrinal y jurisprudencial, en la tutela de los derechos.

Esto se puede confirmar también con otra de las presuntas novedades de la Ley Orgánica, en su artículo 9.2., la posibilidad de establecer una tutela preventiva mediante medidas cautelares. El tema tampoco es ajeno a la jurisprudencia del artículo 1.902 y ss., ni, en general, a una evolución del ordenamiento jurídico respecto a la tutela civil de los derechos, de la que es buena

(45) CATAUDELLA, *Op. cit.*, pp. 65 a 73.

(46) V. PROCIDA, Antonino, *La valutazione del danno alla persona*, Camerino, 1982, *passim*.

muestra el artículo 7.2 del Código civil... «Y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

En mi opinión, los mecanismos de la tutela civil del derecho a la intimidad no se diferencian esencialmente de las reglas generales de la tutela civil de los derechos, ni hay razones que así lo aconsejen. Otra cosa es que se puedan plantear en ciertos casos distintas opciones; por ejemplo, la responsabilidad civil imputable a una publicación, ¿ha de basarse en la culpa o es preferible que juegue la responsabilidad objetiva? No creo que la Ley Orgánica resuelva el problema en el artículo 9, y en cualquiera de los dos tipos de responsabilidad estamos haciendo referencia a parámetros generales (culpa, riesgo...). Un excesivo énfasis en la peculiaridad de estos derechos no me parece conveniente. Si las medidas cautelares para la prevención de los daños son difíciles de adoptar en general, también lo son en este caso, salvo que en contra de lo establecido en el artículo 20.2 de la Constitución, establezcamos una censura previa judicial. La tutela civil de los derechos tiene, en cualquier caso, sus límites.

V. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, defectuosa técnicamente, no se diferencia en sus planteamientos de la línea seguida por la jurisprudencia dentro del marco de la responsabilidad civil (también por daños morales). *No realiza ninguna tipificación real del ilícito* por lo que, en cierta manera, puede considerarse superflua. Y es que, como hemos visto, los resultados prácticos de la tutela civil del derecho a la intimidad nos remiten fundamentalmente a la *función satisfactoria del dinero*. Lo monetario predomina en la Ley Orgánica, y teniendo en cuenta las facultades procesales que establece (ex artículo 9.1. y Disposición transitoria 2.^a), cabe augurar un aumento de la litigiosidad debido a lo que los ingleses denominan *Gold-digging actions* (demandas en busca de dinero).

La prensa, los artistas..., se verán afectados por esta permanente «amenaza», pero no así los Diputados y Senadores, ya que el artículo 2.2, tras la Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, es todavía, si cabe, más defectuoso que antes, pero establece una salvedad clara: «o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o el Senado. (La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios)».

No se entiende que el ejercicio de las funciones parlamentarias suponga *tout court* la imposibilidad de cometer una intromisión

ilegítima, ni la específica mención a los procesos civiles en aplicación de esta Ley... si no se lee previamente la Exposición de Motivos. «Al amparo de esta Ley, los parlamentarios podrían verse constantemente amenazados por la iniciación de procesos civiles que menoscabasen su necesaria libertad para el ejercicio de sus funciones..., pero al mismo tiempo, evite que una aplicación excesiva (sic) de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, limite la libertad de expresión política de Diputados y Senadores». ¿Es que sólo los parlamentarios podían sentirse «constantemente amenazados» por dicha Ley?; ¿sólo su libertad queda «menoscabada»?; ¿la aplicación excesiva de la Ley sólo va a ir dirigida contra su libertad? Es sorprendente que una ley que reforma a otra ley diga que ésta puede ser aplicada «en exceso» (salvo que tal ley sea defecuosa, por ejemplo, por ser imposible determinar con una mínima seguridad jurídica su ámbito de aplicación). Pero no es este el mayor reproche que cabe plantear a nuestros legisladores.

Si la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 se considera como el *desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución*, el derecho a la intimidad recibe una configuración excesivamente ligada a la propiedad, como una mera libertad negativa. El derecho a la intimidad se ha transformado en la *libertad positiva* de ejercitar un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona (47) que no está desarrollado en absoluto en tal Ley Orgánica. En definición de Wacks (48) «información personal» son aquellos hechos, comunicaciones u opiniones que se refieren al individuo y que sería razonable esperar de él que la considere íntima o confidencial y por lo tanto quiera retirar o al menos restringir su circulación». Si bien ha sido la informática la que ha planteado con más evidencia la necesidad de un control (acceso y rectificación) sobre la información personal, no es su única causa.

La Ley Orgánica analizada se inclina hacia un concepto de *privacy-property*, anclado en esquemas privatistas, que, en mi opinión, supone un estrechísimo desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución. El derecho a la intimidad puede ofrecer perspectivas mucho más amplias.

Porque como afirma Baldasarre (49) la *noción de privacy no puede no ser compleja*. «En el concepto de *privacy* se puede determinar otra doble tutela, que se expresa en el poder de *control sobre las informaciones* que se refieren a la propia persona y la *organización de los propios comportamientos*, además del *dominio del contexto* en el cual la persona realiza el ejercicio de las propias libertades fundamentales». Pero, como el propio Baldasarre (50) reconoce al finalizar su obra, la *privacy* se presenta como verda-

(47) FROSINI, Vittorio, en *Banche dati e tutela della persona*, Camera dei Deputati, Roma, 1983, p. 5.

(48) WACKS, *Op. cit.*, p. 22.

(49) BALDASERRE, *Op. cit.*, pp. 471 a 473.

(50) *Id.*, *Op. cit.*, pp. 473 a 475.

dera encrucijada política. Puede ser, como el autor propone, «más que un derecho de libertad o más que el derecho a la libertad, una nueva dimensión de los mismos derechos de libertad, que se hace necesaria por los cambios institucionales realizados en las modernas democracias de masas y por la evolución científica...; pero también puede ser, como el autor teme, el modo de «restringir el área y el significado de los derechos fundamentales a una irrelevancia y de reducir la conquista de la *privacy* a una parodia de la libertad».

Cierto es que en tal contexto la tutela civil del derecho a la intimidad no parece el punto esencial. Di Majo (51) constata que «se ha dicho que en la Constitución se mencionan intereses conexos a las llamadas *libertades fundamentales*..., libertades para las cuales el esquema (civilista) de los *derechos de la persona* sería demasiado restringido e (insatisfactorio). Pero como el autor señala lo esencial es la protección de las libertades fundamentales respecto a los poderes públicos y a los sujetos privados. Es evidente que en un caso y en otro pueden variar las *formas de tutela* (civil, penal y administrativa), pero lo que no tiene sentido es aislar las distintas formas de tutela. En mi opinión, la efectiva protección de las libertades fundamentales en un ordenamiento jurídico vendrá dada por el resultado conjunto de la tutela constitucional, civil, penal y administrativa de tales libertades. No se puede analizar la tutela civil del derecho a la intimidad sino como parte de un todo (una forma de tutela entre otras).

Desde esta perspectiva la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no sólo supone una amenaza potencial para los derechos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, sino que evidencia, en su soledad, una escasa protección real del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esto no cabe oponer que la situación cambiará con el desarrollo de una jurisprudencia a partir de dicha ley, porque con ello se volvería a caer en las redes de una concepción muy estrecha del derecho a la intimidad.

Creo que el desarrollo cabal del artículo 18 de nuestra Constitución implica, como plantea Wacks, *una ingente labor legislativa en todos los sectores* afectados de alguna forma por el derecho a la intimidad. Sólo el conjunto de disposiciones legales sectoriales puede dar como resultado una adecuada protección del derecho a la intimidad. Pero aquí comienza otra parte del discurso, quizás fuera de las competencias del civilista. No obstante quisiera, al menos, como una aproximación, reflejar el marco legal de Estados Unidos referente sólo a la problemática de los bancos de datos (52):

1) Sector público: Freedom of Information Act (1966) Privacy Act (1974 y 1980).

(51) DI MAJO, *Op. cit.*, pp. 12 a 14.

(52) BANCHE DATI, *Op. cit.*, pp. 384 a 444.

2) Sector privado: Fair Credit Reporting Act (1971); Equal Credit Opportunity Act (1977); Fair Debt Collection Practices Act (1977); Righto Financial Privacy Act (1976); Fair Credit Billing Act (1974); Bank Secrecy Act (1970); Tax Reform Act (1976); Family Educational Right and Privacy Act (1974).

También existen iniciativas gubernamentales referentes a: Privacy of Medical Information Act; Privacy of Research Records Act; Fair Financial Information Practices Act; Employé's Privacy Act...

Dentro de este mismo sector, los bancos de datos, cabe destacar que la vía judicial no se presenta como la más rápida y menos costosa para facilitar el acceso y control a la información personal, y es obvio que un derecho de acceso complejo y costoso es la mejor forma de negar en la práctica tal derecho de acceso.

Sin embargo la existencia de tales disposiciones legales, y otras referentes a otros sectores, o la posibilidad de vías no judiciales de protección al derecho a la intimidad, no impide que *siempre que haya un daño antijurídico se genere una responsabilidad civil* que se determinará en el juicio correspondiente. Esto no es totalmente exacto para Estados Unidos donde rige en parte el sistema del ilícito típico (53), *torts*, pero sí puede serlo en un ordenamiento como el español que, ex artículo 1.902, se basa en un sistema de ilícita atípico.

La tutela civil del derecho a la intimidad va a jugar fundamentalmente en la reparación del daño causado, por lo tanto creo que bastaría, para evitar una «aplicación excesiva» de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, *la aplicación por la Jurisprudencia de los principios generales que rigen en la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Lo que la Jurisprudencia nunca podrá hacer es colmar el vacío legislativo a falta de un cabal desarrollo del artículo 18.1 de nuestra Constitución.*

(53) ALPA-BESSONE, *Op. cit.*, pp. 237 a 253 y 317 a 351.

Los efectos que puede producir un cumplimiento estricto o indebido

Por LUIS PASCUAL ESTEVILL
Doctor en Derecho - Abogado

I

ESTRICTO

A) *A modo de introducción*

«La cooperación debida». Sabemos, como juristas, de la existencia de la insolaridad, sociológica y jurídica, en el campo de la cooperación, y cuál lo indispensable que ha de resultar en el terreno de las relaciones obligacionales. A nuestros fines, y aquí, dirigiremos nuestro estudio hacia aquel elemento de la relación que resulta *contenido* de la «*solutio*», examinando su naturaleza. La función del componente a que nos referimos, la «prestación», viene constatada por la misión que le tiene encomendada el artículo 1.157 de nuestro Ordenamiento Civil, al consignar que: «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía» (1).

Emilio Betti (2) observa que en la prestación se puede distinguir un momento subjetivo (actividad cooperatoria del deudor) y otro objetivo (utilidad que la prestación aporta al acreedor). Distinciones éstas, dice el profesor italiano, que adquirirán singular importancia cuando se pretenda subrogar la cooperación debida del deudor (a un tercero) o, sin razón, rechazarla (por el titular del crédito), siendo necesario, para un conocimiento del alcance del incumplimiento, distinguir los supuestos de interés pasivo y activo, que consistan en un comportamiento valorable por la diligencia o habilidad técnica (arts. 1.094, 1.766, del C. c. y principios

(1) Cfr. el parágrafo 241 y ss del BGB; art. 1.175 y ss. del C. c. italiano de 1942; arts. 1.235 del C. c. francés y 114 del Cód. de las Obligs. suizo y art. 46 de la Ley Cambiaria.

(2) Cfr. Teoría general de las «Obligaciones», tom. I, trad. y notas de José Luis de los Mozos, ed. Rev. de Der. Privado, Madrid, 1969.

inspiradores de la buena fe presentes, siempre, en el marco obligacional) o en los casos en los que lo que el deudor debe no es una conducta exigible en base a los citados cánones sino que el compromiso consiste en un resultado por consecuencia del obrar (en calidad de instrumento para la consecución del *opus*). Las distinciones anotadas se hacen visibles en el contrato de arrendamiento de servicios, por una parte, y en el examen, por la otra, de una relación procedente de un contrato de obra, en el que se compromete un resultado.

Cuando el *solvens* presta por medio de una actividad personal, tendiente a la satisfacción del interés del *acciens*, que su tarea sea útil al acreedor es cosa que no afecta a la bondad del comportamiento prestatorio del obligado (3). Sin embargo, si de lo que se trata es de poner a disposición del acreedor un resultado útil, por razón de un obrar (contratos de arrendamiento de obras y transportes, cap. III, tít. V, lib. IV, del C. c.), asumiendo la construcción de una obra o comprometiéndose a trasladar una mercadería a un determinado emplazamiento, es evidente que el cumplimiento de la obligación guarda estrecha relación con la consecución del resultado. La prestación, dice Emilio Betti (4), no consiste en el simple despliegue de una actividad sino en alcanzar el *resultado* que de aquel obrar espera obtener el acreedor. El esfuerzo del deudor, en la actividad cooperadora, no es equiparable a un pago y sus consecuencias (las de la falta del resultado comprometido) habrán de paliarse al amparo del 1.184 del C. c. (y 1.218 del C. c. italiano) en relación con el también artículo 1.258 de nuestro Texto legal. Sin que, de todas maneras, pueda predicarse que se realizó la prestación debida.

Aún con lo anotado no se agota el campo del interés del acreedor en las relaciones de obligación, ejemplo típico resulta la expectativa del acreedor dentro de un terreno aleatorio, artículo 1.790 y ss. del Código Civil (y 1.862 y 1.904 del moderno C. c. italiano). En esta especie de obligaciones, cuyo título constitutivo se adivina que será el contrato de seguros, se configuran dos tipos de prestaciones; la que se compone por las nominadas primas al asegurador y la que se configura por la *eventual asunción del riesgo*. La doctrina italiana, en armonía con el parágrafo 241 del Código Civil alemán, arraigada, en sus concepciones, a la historia que habrá de condicionarla, no asume de inmediato una composición de la prestación que no venga enmarcada por las viejas murallas de Roma (ya que una tradicional definición de prestación encierra el objeto de la expectativa en un comportamiento o resultado), y llega a las puertas de una descalificación a todo aquello que no encierre conducta (del deudor) o resultado útil para el acreedor (consecuencia

(3) Betti explana la cuestión significando, en síntesis, que el éxito de una causa confiada a un Abogado no es dependiente del profesional, lo que se debía no era un resultado útil, sino una conducta de cooperación.

(4) Cfr. ob. cit., pág. 39.

de un obrar). Betti, a la tesis del parágrafo 241 del BGB y corriente doctrinal expuesta, objeta que si se pagan las primas y el contrato es sinalagmático nos encontramos frente a un supuesto que postula conceptualmente la presencia de una contraprestación equivalente (medida, por otra parte, de equilibrio en el campo negocial) y que ésta concurre por virtud de la *seguridad* que el asegurador ofrece al asegurado desde la conclusión del negocio.

Cuanto antecede y hace referencia al contrato de seguro se refuerza, en lo menester, concretamente en base a lo preceptuado en el artículo 1.797 de nuestro C. c. y, genéricamente, en relación al 1.258 del propio Código (5). Del precepto de nuestro Código Civil y artículos citados del Código Civil italiano (nota 5) se intuye, con fácil éxito en el acierto «que es en la asunción del riesgo que gravita sobre la esfera jurídica del asegurado en dónde está la esencia de este contrato de seguro».

Si, aún dentro del marco de las relaciones del contrato aleatorio, quisiéramos identificar un comportamiento cooperador por la parte del asegurador podríamos encontrarlo en aquella conducta que tiende, por parte del deudor-asegurador, a proporcionar al asegurado-acrededor una tranquilidad para con los riesgos que eventualmente pudieren darse. Si bien la cooperación no es de apreciar con medidas determinadas sí, empero, existe tácitamente y que se aprecia al amparo de la buena fe. La utilidad, como se ha dicho, existe y basa su existencia al procurar al acreedor un alivio a su ansiedad, propia de la incertidumbre acerca de su porvenir. Será, pues, una visión dinámica del concepto que de prestación tenga el lector lo que nos permitirá explicar que cumple, también, el deudor observando la conducta cooperatoria tanto y suficiente como es requerida para transmitir al acreedor la *seguridad* referente a la cobertura de sus futuros riesgos que requiera la seguridad de que de una fase que aunque potencial (lo que se dé antes del evento) pudiera pasar a otra etapa activa, en el supuesto de que se diese el temido acontecimiento (6).

B) *La satisfacción del interés del acreedor*

Esta es la vocación que justifica el fin al que la obligación sirva y por esta razón habrá de conferirse a la relación obligatoria un carácter de transitoriedad en el tiempo, y que se prolongará hasta tanto no se vea satisfecho aquel interés del acreedor, por virtud del pago estrictamente realizado (7). Una concepción del pago semejante se encontraba ya en la regla 176 del derecho de Roma y en la 1.^a del Título 14, Partida 5.^a; idea que más adelante se concretará en aquel tributo que contenga la cosa o prestación misma que se convino en la obligación, en este sentido se expresa

(5) Cfr. artículos 1.895, 1.896, 1.897 y 1.898, del C. c. italiano de 1492.

(6) Cfr. E. BETTI, ob. cit., págs. 40 a 43.

(7) Cfr. nuestro Cap. Introductorio (en ese sentido) de la monografía «El Pago», que aparecerá en breve.

el Código de Napoleón y la doctrina francesa producida por Planiol. Con la propia armonía el artículo 1.882 del Proyecto de 1.836 suministra un concepto del pago equivalente a la significación de una «entrega real y efectiva de aquello mismo que está *in obligatione* y que es lo que se adeuda. En definitiva, pues, es momento de advertir, afirmación que ya con anterioridad habíamos hecho, que ni los preceptos diversos invocados ni, tampoco, la doctrina, nos han facilitado una mayor concreción del concepto del cumplimiento que la que nos brinda el vetusto derecho de las Pandectas al confirmarnos que «la satisfacción del interés del acreedor» vale tanto como un pago, Digesto 46, tít. 3.^º, ley 52.

Del artículo 1.987 del Proyecto de Codificación civil de 1851 y de los Preceptos 1.236 y 1.218 del derogado Código italiano de 1865, en combinada interpretación, los de aquel texto civil extranjero, en armónica concatenación con los pensamientos de Ruggiero, no podrá deducirse cosa diferente, en lo concerniente a la materia que ahora nos ocupa, que la noción consistente en que «los derechos de crédito, por su propia naturaleza, son una realización *perecedera sin vida perpetua* (caminando hacia su fin) y su objetivo último es el de satisfacer el interés del *acciens*, agotándose en su propio cumplimiento», contraponiéndolos, por mor de esta doctrina, a los derechos reales.

Expuestas así las cosas, con la autoridad que nos confieren las leyes citadas, y consiguiente influencia que a lo largo de nuestros proyectos de codificación ejercieron, aquéllos y éstos, en nuestra civilística, es de evidente constatación científica que nuestro Texto legal civil fija, también, su punto de referencia, preferentemente, en la «satisfacción del interés del acreedor», lo que con rotundidad unívoca puede afirmarse al amparo del número 1.^º del 1.158, 1.163 y 1.164 del Código Civil (8). Es bien cierto que se encuentran alejados de nosotros los tiempos en los que el derecho de crédito se había configurado con la preferente finalidad de que el acreedor satisfaciera el interés que le movió a la contratación, pero, sin embargo, aquellas motivaciones no han devenido en letra muerta y hoy en día, aún, el interés del titular de los derechos de crédito se encuentra en el punto de mira de nuestro Ordenamiento civil, abstracción hecha de los artículos del Código Civil ya citados; el artículo 1.157, aunque preservador de los requisitos de la identidad e integridad del pago, no por ello descuida la función tuteladora de un correcto cumplimiento.

(8) Comprobada la existencia de una válida relación de obligación, lo que podrá extraerse, con seguridad, de una correcta interpretación de los artículos 1.156 y 1.157 del C. c., jugando dichos preceptos, en la materia, papel equivalente al que desempeñaron los 1.235 y 1.237 de los Códigos de Napoleón e italiano de 1865; y confrontar, para un mayor entendimiento, la importante Sentencia del T. S. de 12 marzo de 1924.

C) La extinción de la obligación

Al contemplar el pago como una función y a ésta como la causa de la verdadera extinción (9) es por lo que se nos puede permitir afirmar, en consecuencia, que el cumplimiento, en relación al derecho de crédito, viene a constituir una situación instrumental tendente a que se consolide un resultado final, la extinción de la relación obligatoria. La tesis de que el pago extingue la obligación es de doctrina pacífica, científica y jurisprudencial, y en el campo del derecho codificado la mencionada afirmación es contundente, tanto en el Código Civil francés, como en Proyecto de 1851, así como en el texto que fue legal en Italia en 1865. Con semejantes precedentes el 1.156 de nuestro C. c. no es novedoso que haga la advertencia de que «las obligaciones se extinguén: *por el pago o cumplimiento*». Y si realizamos una confrontación con el también artículo 1.157 concluiremos que, previa la satisfacción del interés del acreedor, de la forma y manera que se consigna en dicho precepto, se predica en la propia regla del artículo el efecto extintivo que la *solutio* ha producido, lo que se desprende de la utilización del verbo en un tiempo pretérito. Al retornar a la idea programática señalada por Heck confirmaremos de nuevo aquella relación tan sincrónica que se produce al actuar el contenido de la obligación, cuyo efecto desencadenante excita a un cumplimiento y con éste la consecuencia cancelatoria propia del fenómeno. Con ello no resultará idóneo cualquier estilo de accionar el mecanismo del pago para que se dé un resultado disolutorio automático del vínculo obligacional. La regla del artículo 1.157 obstaculizará la cancelación de la obligación si se dan maneras torpes en el accionar el contenido de aquel compromiso de pagar, pues no es prudente olvidar el especial interés del derecho para proteger el «interés del acreedor», finalidad de la relación de la que se trata (10). Con Beltrán de Heredia hemos de concluir esta cuestión afirmando que el modo de extinguir una obligación no es solamente por mediación del pago, pero es la manera más natural y normal, no la única, como es obvio, ni tampoco se cancela la relación por los únicos modos enumerados por el artículo 1.156, como afirma la doctrina y jurisprudencia, la relación de maneras del 1.156 no es agotadora (11).

D) La liberación del deudor

La consecución del fin a que la obligación tiende, por virtud de la actuación de su contenido, conllevará implícita la idea de la liberación. Si el interés del acreedor en la prestación es elemento indi-

(9) Lo que en el Cap. I de nuestra obra hemos esquematizado cuasi matemáticamente, apartado b).

(10) Téngase muy presente que por cumplimiento entendemos «el resultado de actúa el contenido de la obligación por el propio deudor, consecuencia del interés del acreedor» (con Pacchioni, Beltrán de Heredia, C. c. alemán, 241, C. c. español, artículos 1.094, 1.101, 1.102, 1.103, 1.104, 1.105 y 1.107).

(11))Cfr. Sentencias de 25 oct. 1925; 5 dic. 1940; 10 dic. 1947; 23 abril 1956; 20 nov. 1936 y 13 enero 1965.

viduador de la obligación, según Giorgiani, no sería un desacuerdo, a juicio nuestro, ampliar el campo de aquellos motivos de distinción añadiendo, al efecto, un otro componente, con lo cual se conseguiría un más justo equilibrio conceptual de la noción de «obligación», porque si bien es pacífico acierto centrar la cuestión de la naturaleza económica de la prestación e interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor, en el interior del claustro obligacional, no es aspiración accesoria la de pretender entrar en el entramado de la relación aquel derecho del *solvens* a liberarse de los deberes en que consistía la obligación ya extinguida. Los esfuerzos tendentes a obstaculizar la liberación del deudor no reciben el favor del derecho y, ofrecido el pago, podrá alcanzar su libertad respecto a aquella obligación consignando la prestación debida (art. 1.176, núm. 1º). Manresa dice que el pago rompe definitivamente el vínculo obligacional (12) y extingue la obligación que con el cumplimiento se solucionó (13). En la afirmación de Manresa se contiene implícitamente la idea de la liberación del deudor que, como se ha dicho, es consecuencia de aquella ruptura a la que hacía referencia el propio autor. La sentencia del Alto Tribunal de 20 de mayo de 1944, a contrario sensu, puede ser significativa en apoyo de la tesis de la liberación que, por otra parte, el efecto (para el deudor principal y otros fiadores, sean solidarios o no) le viene dado por consecuencia del propio acto solutorio, razón de la extinción y ésta de aquél (14).

Pothier (15) ofrece su preclara visión del efecto de un cumplimiento estricto y hace la observación que por virtud del pago no solamente se extingue una obligación sino que, si se da el supuesto, todas las existentes y pendan de aquel cumplimiento, sean posiciones principales o no las que, en la relación, ostenten los diversos deudores, para apoyar sus ideas, el citado autor, invoca el amparo del derecho de Pandectas, leyes 43, 44, 64 y 95 (párrf. 10), todas del libro 46, tít. III. Pothier hace alarde de un exhaustivo estudio acerca de la cesión de acciones y sus efectos, recurriendo a diversas leyes romanas que a lo largo de su exposición cita (siendo de interés confrontar la obra citada en sus páginas 227 y siguientes). Nosotros no traemos aquí los pensamientos del tra-

(12) En su significado no hay que entender, aunque no se atienda por el autor citado, los antecedentes necesarios para que operen de razón de tener para el acreedor.

(13) Cfr. Comentarios al Cod. Civ. esp., tom. 8º, vol. 1º, 5.ª ed., revisada por Mocholi, edit. Reus, Madrid, 1950.

(14) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios de Derecho Civil», tom. IV, ed. 2.ª Madrid, 1889; Felipe CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones de Der Civ. Esp., edic. revisd. y puesta al día por Cossío y Gullón, Madrid, 1959 (II tom.).

(15) Cfr. «Tratado de las Obligaciones», trad. esp. de J. Ferrer, M. Noguera y F. Cales, Madrid, 1872.

(a) NÚÑEZ LAGOS, «Pago de lo indebido sin error», Rev. General de Legis. y Jurisp., febrero de 1946; Cfr. págs. 133 y 134. A manera de «causa justificante», a modo de permiso para no morir, en terminología del autor citado, equipararíamos nosotros al pago, haciendo referencia al título para conservar la prestación recibida; la causa habilitante para adquirir se concreta en el título obligacional.

tadista francés (precursor del derecho de obligaciones en la Europa latina) en lo referente a las cuestiones citadas por no ser éste el lugar más idóneo para su tratamiento y sí, empero, cuando hiciéramos el examen de aquellas situaciones de cesión de bienes para pago y en contraposición de aquellas otras referidas a la «*datio*» en pago.

E) *El cumplimiento: Título de adquirir y de conservar (a)*

Este lo es de una relación de obligación válidamente establecida, y que el pago le supone el último eslabón de la cadena cooperativa. Para un supuesto de conflicto, que no puede excluirse ni por el camino de la teoría ni, menos aún, por el de la práctica, en las obligaciones *in personam*, a diferencia de lo que significa la relación de derecho real, se resuelve sólo el problema de *deber tener* pero, con sólo el tratamiento de la cuestión del que tiene derecho, y no hacer referencia a la conducta observada por el pretendiente de aquel derecho, no se tiende a instrumentar la razón del adquirir y conservar la cosa o derecho como suyos por el acreedor de una o del otro, conforme podría extraerse del artículo 430 del C. c. Una mejor comprensión se daría de la exégesis de una relación de obligación recíproca y que impone al acreedor del derecho de «*deber tener*» la adecuada conducta a fin de que por virtud de su cooperación pueda la otra parte de la relación realizar su también derecho a «*deber tener*» la correspondiente contra-prestación. En definitiva, pues, se trata de intentar resolver un problema de cooperación mutua en las obligaciones que tienen su fuente en la contratación, o de compensar las hipotéticas consecuencias lesivas en los supuestos de responsabilidad aquiliana (art. 1.902 del C. c.). Al fin la problemática se concretará en la actuación del contenido de la obligación, y cuál sea el alcance de este pretendido contenido, si llegamos a la conclusión de que la activación de aquel aforo de comportamientos ha de ser por el empeño de ambas partes comprenderemos que el *acto solutorio* es el que, al fin, dará soporte a la adquisición de la cosa o utilidad por el que tenía el derecho de pretenderla, y hará extensiva aquella razón para seguir conservándola bajo el amparo que el derecho dispensa al título obligacional, si las partes lo han observado conforme a los postulados concertados en aquél. Al plan de pagos que al concluir el negocio se dejó comprometido, diría Heck, hay que atenerse y aquella conducta, concretada en un pago válido, será legitimadora del derecho de adquirir y conservar; pues como es natural le precede la satisfacción del interés del que resulte ser el acreedor, y en garantía del cumplimiento la ley somete los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1.911 del C. c.), cuando la realidad es la de que han de ceñirse al incumplimiento, lo que prueba lo poco afortunada que resulta la redacción del precepto que abre el tít. XVII del libro IV del Código Civil. Si de la parte del obligado al pago se diere el supuesto previsto en el 1.911 se activa-

rían las sanciones a las que hace mención el 1.101 del propio ordenamiento civil (16), artículo éste que, con auxilio de otros del propio Código, es contemplado por la Sentencia de 22 de mayo de 1915.

La argumentación que nos precede busca proporcionar al lector la idea de que la relación de obligación ya extinguida, a fuerza de haber cumplido con los deberes de prestación, no desaparece del pensamiento jurídico. Conserva todo su valor de causa o razón de la prestación efectuada. Es bien cierto que en un contrato de compraventa cuando el vendedor ha entregado la cosa comprometida, en tiempo y lugar previstos en la convención, y el comprador ha pagado el precio por ella concertada la relación se extingue; se postula la mencionada observación en el artículo 1.157 de nuestro Código Civil pero, como dice Karl Larenz (17), el hecho de que haya existido sigue teniendo importancia para la subsistencia de la propiedad y la posesión del comprador, en el sentido de que éste, si resultara de otra manera, hubiera adquirido la cosa sin fundamento jurídico y, al amparo del artículo 1.895 y siguientes del Código Civil, hubiese nacido en su contra «la obligación de restituirla» (18). Cabe, pues, afirmar que por el pago adecuado se satisface el *interés del acreedor*, por consecuencia de éste se extingue la obligación y aquella cancelación comporta la *liberación*, ya lo hemos dicho y, hasta aquí, con el asentimiento unánime de la doctrina científica y jurisprudencial, pero la dicha relación jurídica marca el trayecto o recorrido con las huellas de su paso y se configura, desde entonces, un diferente significado que habrá de servir de puntal para sostener la pretensión, por parte del acreedor, de «haber la cosa o derecho como suyos».

Al considerar que el título obligacional, aunque cancelado, a virtud de haberse agotado el programa prestatorio que contenía, juega de fundamento jurídico de la prestación realizada se pone de relieve, dice Larenz, el estrecho parentesco entre el derecho de obligaciones y el derecho de cosas, necesitado éste de una legitimación de carácter obligacional. La frontera o línea divisoria que se pretende opere, por una parte de la doctrina, como verdadero instrumento para la formación de compartimentos estancos entre la categoría de los derechos patrimoniales (derechos reales y de crédito) no ha surtido los efectos clarificadores que al respecto se predicaban, y en este sentido compartimos el pensamiento de la doctrina científica nuestra (Díez-Picazo, Hernández-Gil, etc.) y extranjera (Betti, Giorgianni y Karl Larenz, entre otros) añadiendo,

(16) A las situaciones previstas en los artículos 1.911 y 1.101 de nuestro Código Civil les serían de aplicación, en el Texto civil italiano de 1942, los artículos 2.740 y 1.218, respectivamente, y en nuestra Ley Cambiaria los artículos 57, 58 y demás de general aplicación al supuesto concreto.

(17) Cfr. »Derecho de Obligaciones», tom. I trad. y notas de Jaime Santos Briz, ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1958, págs. 37 a 41.

(18) En relación al parágrafo 812 del BGB produce el mismo resultado la cuestión que estudiamos.

a los ya suficientes argumentos, la tesis del núm. 1.^º, en relación con el núm. 2.^º, del propio artículo 1.095 del Código Civil, Texto legal que, a nuestro juicio, pone a descubierto la inconsistencia de una pretendida división amparada bajo pretextos de orden más bien formal. Abundamos con mayor extensión acerca de este tema en el capítulo 3.^º de nuestra obra y en el concreto al hacer referencia al «acreedor aparente».

Las proposiciones consignadas en este apartado E), y concorrentes a los efectos del cumplimiento, son de igual aprovechamiento para cuando nos veamos frente a obligaciones que demanden prestaciones de hacer y de no hacer. En cuanto a la *utilidad* que aquellos pagos proporcionen al acreedor, en lo que haga referencia a la legitimidad de adquirir y conservar, se estará al título o contrato que estableció la obligación; pues son de rechazar las pretendidas clasificaciones de obligaciones en base a la diferente naturaleza intrínseca que puedan tener las diversas prestaciones en sus calidades de contenido de aquellos actos solutorios.

II

INDEBIDO

En otro trabajo mostramos nuestra preocupación por lo que de problemático pudiera resultar la fijación de un concepto de obligación que abandonara los postulados partidistas a los que se adhiere nuestro artículo 1.088 del Código civil al contemplar, solamente, la posición activa de la relación, contribuyendo, de esta manera, a fomentar corrientes disgregacionistas del instituto en cuestión, cuando, en beneficio de las partes del negocio, es de conveniencia el fomentar una *unitaria* actividad cooperatoria para, en definitiva, mejor excitar el contenido de la obligación y en su consecuencia alcanzar, a satisfacción de las partes, el fin a que la relación tiende *ab origine*, la satisfacción del interés del acreedor y liberar del compromiso al deudor. Ahora, como entonces, queremos proporcionar al lector, preocupado por la temática del cumplimiento de las obligaciones, un concepto neto de cuales hayan de ser los efectos de un *indebitum ex re* o de un *indebitum ex persona*, del «pago indebido», por no existir o no ser válida la relación que se pretendía satisfacer o bien, si la obligación tiene realidad no, empero, entre las personas entre las cuales se realizó el pago. La pretensión que abrigamos obliga a una escueta referencia al artículo 1.895 y siguientes del Código civil, que por otra parte vienen introducidas por la expresión: «del cobro de lo indebido». Como dice Lacruz Berdejo la referencia al «cobro» y no al «pago» es consecuencia de una mejor adaptación de la terminología.

(19) Cfr. J. Luis LACRUZ BERDEJO, «El Pago de lo Indebido», Lib. Homenaje a R. Roca Sastre, vol II, Madrid, 1976, pág. 502.

nología del precepto a la definición que de los cuasicontratos hace el artículo 1.887 del Código civil (19), y siendo el pago de lo indebido una figura *quasi ex contratu*, con sede sistemática, en nuestro Texto legal, en el artículo 1.089, y con fuerza de obligar al autor del cobro a restituir la prestación que por error se le entregó (artículo 1.895 del Código civil), sin derecho para cobrar, ni ahora para retener; todo ello en base a la tipicidad que ha caracterizado a las fuentes de obligación y que recoge la regla del aludido precepto 1.089 del propio Ordenamiento Civil, no, como advierte Díez-Picazo, sin antes que otra cosa ser el resultado de un largo proceso de evolución histórica del pensamiento jurídico (20).

A) Antecedentes históricos de la figura del «*indebitum*»

1.—Cuáles sean las primitivas fuentes generadoras de obligaciones parece, para los investigadores del derecho de Roma, cuestión, según Betti, que se debate no en la búsqueda de si es el delito o el contrato el instituto de más inveterada existencia. La problemática está en averiguar si fue el delito o el *contractus* la más antigua causa productora de obligaciones. Lo único que parece estar contrastado históricamente es que al régimen de las llamadas composiciones legales le haya precedido el de las voluntarias. El autor citado acusa la práctica de quienes por medio de la afirmación de que el delito es más antiguo que el contrato pretendían convencer así de la más añeja *obligatio ex delicto* con respecto a la *obligatio ex contractus*. Cuestiones diferentes serían las que podrían enfrentar a quienes sostienen ideas encontradas en lo concerniente al valor originario de la instituta «res cottidiana», de Gaio, y en cuyo texto se deja establecida la novedosa división tripartita de las fuentes. Nosotros creemos que la misión está cumplida en otros trabajos de autores diversos y, por otra parte, no creemos que lo reclame nuestro estudio que, a lo sumo, se propone ofrecer una visión histórica de la figura que tratamos para mejor comprenderla en el marco que nuestro derecho vigente le tiene reservado (el Tít. XVI, cap. I, Secc. Segun., del Libro IV del Código Civil).

2. El Digesto (44,7,1, Pr.), en base al Texto gaiano de las «res cottidiana», consigna que las obligaciones nacen del *contrato*, del *delito* y de las «variae causarum figurae». De lo que pudiera sugerir a los compiladores aquella expresión de Gaio «figuras varias por razón de causas diversas», surge la cuatripartita división de las fuentes de donde emanan las obligaciones justinianas (Instituta III, XIII); eso es, *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio et quasi ex maleficio*. La innovación bizantina no confirió a los compiladores otros méritos que recoger la idea de

(20) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», Madrid, 1979, vol. I, pág. 381; E. BETTI, «Teoría General de las Obligaciones», tomo II, ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, 1970, págs. 15 y ss.

aquel clásico y, extendiendo convenientemente su significado, comprender en él además de los quasi-contratos (21) los quasi-delitos. Así, pues, será conclusión acertada la que Betti arriesga al afirmar que el punto de arranque clásico del quasi-contrato bizantino está en la tricotomía gaiana; lo que por virtud de tal comportamiento se favorecerá la continuidad histórica de la institución quasi-contractual. Puig Brutau (22) advierte, con razón, que los clásicos ya se percataban de que la división de las fuentes en dos categorías no abarcaba la totalidad de las realidades que la vida diaria deparaba al jurista y, por esta razón, brotó la idea de las «*variae causarum figurae*», pues su innegable sensibilidad jurídica les proporcionó la posibilidad de contemplar figuras como la del «*indebitum*» (23) y la «*negotiorum gestio*», sin que tal supuesto comportara el establecimiento de una categoría general. Fueron, pues, los compiladores los que, a modo de esquema, dejaron sentada una categoría general de la obligación *quasi ex contractus*. Los prácticos del derecho, dice Ortega Pardo (24), emprendieron la reforma del *quasi ex contractu* por aquella otra denominación que, al parecer, les facilitaba el mejor decir, «*ex quasi contractus*», adquiriendo así la fuerza que le habrá de reconocer el devenir de los tiempos, principalmente en los Códigos civiles de la Europa continental (25).

3. Los estudiosos del derecho bizantino operaron una profunda consideración de aquel conjunto de normas romanas y, por ello se abrió camino el concepto de que la ley pudiese vincular una obligación a un hecho o estado sin el requisito de la cooperación de la parte. Gracio, Domat y Pothier son partidarios de la tesis expuesta y en tal sentido entrará a incrementar el número de fuentes de las obligaciones y que el autor francés (Domat) pretendió introducirla a virtud de un supuesto orden divino y ello es razón, dice, para el nacimiento de obligaciones que no reclaman la concurrencia del acto de la parte.

Pothier (1699-1772), con mayor precisión que Domat, adopta la propia ley como nueva fuente de las obligaciones, lo que supone alteración en el orden justiniano de la división cuatripartita, y, con el peso que en Francia se le tiene reconocido, condicionará la comisión redactora del Proyecto de Código Civil francés y aceptará el legislador el número y categoría de las fuentes propuestas por Pothier, quedando, de esta manera, consagrada la figura del quasi-contrato en el Código de Napoleón, art. 1.371 (Chap. 1.^o, del tit. 4.^o del Liv. III). La incidencia en nuestros Proyectos de Codifi-

(21) Cfr. BETTI ob. cit., pág. 37. Nombre propuesto por el mismo Gaio, por medio de las «*variae causarum figurae*».

(22) Cfr. «Fundamentos de Derecho Civil», tom. II, vol. III, ed. Bosch, páginas 3-4, Barcelona 1983.

(23) Cfr. Instituta de Gaio, 3, 91.

(24) Cfr. «Cuasi-contratos atípicos», ADC, año 1948, fascículo 2.^o, pág. 499.

(25) Cfr. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ «Cods. o Est. Funda. sobre el Der. Civil español», Madrid, 1871.

ficación civil (tanto en el del 36 como en el del 51) no se haría esperar; influencia que resultaría extensiva al código civil italiano de 1865, hoy derogado, artículo 1.140. Se intuiría de inmediato que en adelante el Texto civil que se redactase definitivamente no habría de resistir el peso de los textos antes citados y en especial el artículo 1.371 del C. c. francés y artículo 1.891 del Proyecto de 1851. No obstante el éxito del instituto «cuasi-contractual» en el campo legislativo no hacen los autores ningún esfuerzo para adornar la figura y sí, empero, lo contrario. Gregorio Ortega (26) advierte que la ficción mal puede fundamentar un vínculo jurídico y que es necesario, si se finge, explicar el porqué. Rodríguez del Barco (27) afirma que esta figura jurídica está desacreditada en el terreno científico gracias, en buena parte, a las críticas de escritores como Planiol, Josserand, Biondi, etc. En este sentido es mayoritario el pensamiento de nuestra doctrina científica y extranjera (28), pues un reconocimiento de fuente autónoma de obligaciones le es, al cuasi-contrato, negado por la civilística patria y de fuera, sólo para el juzgador «no podrá haber otro criterio que el aceptado por el legislador», Sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre de 1926, y éste queda reflejado en el artículo 1.887 del C. c. y doctrina jurisprudencial, sentada, entre otras, en las Sentencias de 3 de junio de 1948, 13 de marzo de 1958 y 30 de octubre de 1959.

La corriente doctrinal a la que hemos hecho referencia será considerada por los modernos códigos civiles tales como el portugués, alemán, austriaco, suizo, de las obligaciones, y el código civil italiano de 1942. Como dice Puig Brutau estos textos se han olvidado del cuasi-contrato, que es una buena manera de convertirlo en inservible. Ello sin perjuicio, en lo que hace referencia al C. c. italiano, de haber atribuido propia entidad al pago de lo indebido, a la gestión de negocios ajenos y al fenómeno del desplazamiento patrimonial sin causa, lo que obliga al ordenamiento civil a darles un trato singular (29).

4. No obstante encontrarse establecido el cuasi-contrato en nuestro Código civil y definido genéricamente en su artículo 1887,

(26) Cfr. trabajo citado página 503, nota 37.

(27) Cfr. Al autor citado en Rev. Der. Priv., 1971, «El pago de lo indebido por error», 808 y ss. y concretamente ahora la pág. 809.

(28) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios de Derecho Civil», 2.^a ed. tom. 4.^o, páginas 994 y ss., Madrid, 1899; HERNÁNDEZ-GIL, «Derecho de Obligaciones», tom. 1.^o, Madrid, 1960; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. 1.^o, pág. 393, Madrid, 1979; PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 1 a 10; G. ORTEGA PARDO, ob. cit., pág. 502-503; José RODRÍGUEZ DEL BARCO, ob. cit.; R. NÚÑEZ LAGO, Código civil de Scaevela, tom. 30; BETTI, ob. cit., págs. 119 a 124; VIZIOZ, «La notion du quasi-contrat», Bordeaux, 1912; DE RUGGIERO, «Instituciones de Derecho Civil», trad. esp. de Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1944; PACCHIONI, «Dei quasi contratti», parte 2.^a, vol. 3.^o, del *Dirit. Civile italiano*, Padua, 1938; DE DIEGO, «Apuntes de Der. Civil esp. Com. y foral», tom. II, Madrid, 1914; CASTÁN, «Der. Civ. esp. Mom. y foral» (notarías), ed. 6.^a, tom. 3.^o, Madrid, 1944.

(29) Cfr. BENETTINI, «Il libro delle obligazioni», Milán, 1944.

en el sentido de que «son quasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados», no, por ello, hallamos justificada su existencia como fuente de obligaciones (art. 1.089 del meritado Texto legal) ni en nuestro Ordenamiento, que contempla sólo dos figuras, al descubierto, quedando encubiertas otras, que se consideraban en la época bizantina, en el entramado de aquellas obligaciones ex lege (30), ni compartimos la división cuatripartita practicada en la *instituta* de Justiniano anteriormente citada. Pues la ficción jurídica que los bizantinos construyeron, alterando así la tripartita división de Gaio, no ha probado, antes y ahora, haber conferido a aquellas figuras sustantividad para, así, amparar la independencia que nuestro Código civil ha propuesto (arts. 1.888 a 1.901). La idea de erradicar de la dogmática jurídica y archivar en el baúl de los recuerdos el quasi contrato no es pretensión doctrinal que se aparte de lo que sería un buen criterio. El parentesco del instituto con el contrato (al que los romanos quisieron ligarlo) es de difícil comprensión. La obligación se asienta sobre un acto y no tiene, como el negocio, su razón de ser en el contenido de la voluntad (art. 1.261 y siguientes del Código civil). Puig Brutau dice que la figura quasi contractual no se funda en lo que el acreedor ha querido, sino en el beneficio conferido, la medida se obtiene en función de la cuantía del beneficio adquirido, sigue afirmando el citado autor, a costa del patrimonio de otro, entendido, éste, en relación a una prestación de dar, hacer o no hacer; todas y cada una de dichas contribuciones empobrecen al pagador. Considerada la cuestión que estudiamos bajo el prisma que se propone no es de extrañar la recusación doctrinal a la existencia misma de la figura, y la propuesta de situar la problemática en el marco que Gaio le reservó, formando parte, así, de aquellas *«variae causarum figurae»* a las que en lo menester les asistiría el propio Ordenamiento jurídico civil. Por virtud de la situación legislativa la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal no ha podido por menos que admitir la obligación con sede en el cuasicontrato y en este sentido hemos citado, en el anterior número y penúltimo párrafo, las Resoluciones del Tribunal Supremo más significativas y de referencia a la cuestión.

Si por las razones que hemos consignado ya es suficiente artificiosa, y chocante con la dogmática jurídica, la construcción cuasicontractualista, si bien goza del favor de nuestro Ordenamiento, toca ahora examinar los cuasicontratos «atípicos» derogando, de esta manera, el principio de tipicidad en unas concretas situaciones, que su apreciación, como pertenecientes al instituto habrá de fundamentarse, primero y ante todo, en su prudente admisión, una vez se haya podido identificar la situación como portadora

(30) Cfr. Luis DÍEZ-PICAZO, ob. cit., págs. 393 a 395 y Jaime SANTOS BRIZ, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» tom. XXIX ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1984.

de aquellos mínimos requisitos (licitud, voluntariedad y la no procedencia convencional). Tanto la doctrina (31) científica como la Jurisprudencial admiten el tratamiento al amparo del Código civil y lo propio sucede en Francia por mor del Código de Napoleón; pero al no resolverse la problemática que pudiera plantear el cuasicontrato innombrado o atípico, por vía doctrinal, es por lo que buenos y únicos instrumentos resultarán las Resoluciones del T. S. de 18 de enero de 1908, 8 enero de 1909, 1 octubre de 1909 y 21 de junio de 1945 (32), siendo la tesis que se sostiene la primordial doctrina, acerca de la también inconsistente figura, y que cobra importancia al ser aquellas ideas extraídas de una realidad vivida por el Alto Tribunal.

B) *Concepto de la «condictio indebiti».*

Que el pago de lo indebido es figura cuasicontractual ya lo hemos advertido, explicando, además, que era una de las cinco obligaciones que podían nacer al amparo del instituto «*quasi ex contractu*» (Instituta 3,13, de Justiniano). Antes de entrar en el análisis de cuál sea la opinión que nuestro Código civil nos transmite (arts. 1.895 a 1.901) del pago de lo indebido, vale la ocasión para recordar que la tripartita división de las fuentes de las obligaciones, la que apareció en un texto de Gaio, hubiera sido más conforme con la naturaleza misma de lo que pueda significar una atribución patrimonial sin razón. Aquellas «*variae causarum figurae*» podían albergar nuestra figura y significar su restitución por manera de la «*condictio indebiti*» y, por esta vía, evitar construcciones que por su artificiosidad dañan a la propia relación por su concomitancia con la fuente de la que proceden.

Expresadas, así pues, las ideas que anteceden y sin que éstas sean óbice para un obligado reconocimiento legal de la instauración en el Código civil del pago de lo indebido, reconocida, pues, la *inexistencia de una deuda* en la persona de quien ha pagado, la Ley (arts. 1.895 en relación a la parte 1.^a del 1.901 del C. c.), operando una conversión interpretativa de la intención típica satisfactoria perseguida por medio de aquella transmisión, hace brotar en la persona del *accipiens*, como lógico efecto, una obligación de restituir lo que indebidamente ha recibido (33). Rotular la Sección Segunda (del cap. 1.^o del tit. XVI, del lib. 4.^o, del Código civil) bajo la denominación «del cobro de lo indebido» no ha de reportar mayor interés al legislador que el que pueda significar una mejor adaptación del artículo 1.895 a los postulados conceptuales del también artículo 1.887 del propio capítulo, pues lo con-

(31) Cfr. MANRESA, «Comentarios al Cod. Civil español», tom. VIII, vol. I, 5.^a edic. Edit. Reus Madrid, 1950; y CASTÁN, ob. cit., LAURENT, «Principes de droit civil», vol. XX, pág. 340, 3.^a ed. Bruselas-París, 1878.

(32) Cfr. ORTEGA PARDO, trabajo citado, pág. 506 a 509 y Jaime SANTOS BRIZ, ob. cit., págs. 8 y 9.

(33) Cfr. Emilio BETTI, ob. cit., págs. 147 a 169.

trario, queremos decir «el pago de lo indebido», no sería congruente con la genérica definición del «cuasicontrato» que formula el 1887 y, por ende, de aquella necesidad procede la referida redacción de la regla del 1895; sólo de esta manera el *accipiens* vendrá obligado a restituir «cuando haya recibido alguna cosa que no había el derecho a cobrar, y que por error del *solvens* le fue indebidamente entregada» (34). Autores como Manresa y De Diego, en lo que a la cuestión terminológica se refiere, aprueban la postulada por nuestro Código (Sec. 2.^a, cap. 1.^º, tít. XVI), lo que significa abandono de expresiones utilizadas anteriormente, y justifican su elección, dichos tratadistas, en atención a los efectos restitutorios, que incumben, naturalmente, al cobrador. La *solutio indebiti* fue el término preferido por los derechos Romano y de Partidas, engarzando con el Código de Napoleón que habría de influenciar, en adelante, los Proyectos de codificaciones civiles españolas del 1836 y 1851 (35) así como al Código civil italiano de 1865, hoy derogado; siguiendo al hilo de la historia, además, una buena parte de la doctrina nacional y extranjera (Sánchez Román, Valverde, Giorgi, Colin y Capitant, etc.), rompiendo lo que hubiera sido su normal trayectoria nuestro Texto legal (artículo 1.895). Al respecto es de compartir el pensamiento explanado por Rodríguez del Barco (36) al afirmar que la cuestión se suscita por razón de la actividad del *solvens* y es esta iniciativa la que introduce la problemática al campo del derecho. Una acertada concepción de un «pago indebido» pasa por la consideración de los elementos subjetivo («*animus*») y objetivo (*causa solvendi*). Las funciones que hemos venido asignando al cumplimiento «*estricto*» nunca podrían darse en el *indebitum*; en diferente trabajo hemos expresado la necesaria existencia de la obligación que se pretende cancelar con la *solutio*, exigencia imprescindible en todas las legislaciones extranjeras y, en la nuestra, reclamada por el artículo 1.157, en relación al 1.156, del Código civil. La doctrina científica es unánime al respecto y en tal sentido lo tenemos dicho, con expresión de buena parte de los autores comprometidos en tal afirmación. El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de junio de 1885, ofrece una visión clarificadora de las consecuencias de un pago sin causa de deber y concreta: «pagar sin razón de deber da origen a la acción de recobrar y produce la obligación del que cobró de devolver la prestación recibida con sus frutos». En confirmación de la anterior tesis jurisprudencial es de citar la Ley 37, tít. 14, Partida 5.^a y la Sentencia del Alto Tribunal de 31 de marzo de 1870, la Ley de Partidas y la Resolución del T. S. han de ser entendidas *a contrario sensu*.

(34) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, trabajo cit., pág. 502.

(35) Cfr. LASSO GAITÉ, «Crónica de la Codificación española», tom. 4.^º, vol. 2.^º, pág. 484, art. 1.895; GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Cod. Civ. Español», pág. 964, art. 1.895, Zaragoza, 1974.

(36) Cfr. autor señalado trabajo cit., pág. 809.

C) *Requisitos del « pago indebido ».*

La *actio* nominada *conductio indebiti* presupone que alguien ha pagado convencido de la existencia de la obligación y de su posición pasiva en la relación. Es indiferente cuál sea la fuente productora del supuesto deber de cumplir y la naturaleza intrínseca de la prestación realizada, aún teniendo muy presente que el artículo 1.895 del C. c. concibe el instituto para Obligaciones que requieran prestación de dar (37). La concepción que del pago o cumplimiento haya de tener el lector la suponemos suficientemente explanada en anteriores exposiciones, pero no resultará excesivo reiterar que las reglas del 1.157, en relación con el 1.166, ambos preceptos del Ordenamiento civil, fijan de modo inamovible la idea que de la institución haya que tener y, en consecuencia, quedarán excluidos de su práctica aquellos comportamientos que no procuren la concurrencia de aquellas coordenadas a las que se refería Díez-Picazo (cumplimiento, satisfacción del acreedor y liberación del deudor) (38).

Si bien es cierto que para la configuración fenomenológica son de inexcusable presencia los elementos aludidos al comienzo del anterior párrafo, no lo es menos que para el ejercicio seguro de la *actio* repetitoria de lo pagado habrán de concurrir requisitos, subjetivos y objetivos, de parte del *solvens*, que en base a éstos el derecho atribuya al *accipiens* el ineludible deber de restituir la cosa recibida o su equivalente (dependiente de la naturaleza de la prestación o circunstancias que le hayan sobrevenido en relación a la actitud del cobrador en el momento de la recepción, arts. 1.896 y 1.897 del Código civil). Con lo expuesto, pues, será fácil convenir que son tres los elementos constitutivos del supuesto de hecho determinante de la obligación de restituir lo cobrado sin derecho, artículo 1.895 del C. c. y en este sentido se muestran conformes las doctrinas científica y jurisprudencial, siendo de conveniente cita, al respecto, la sentencia de 21 noviembre de 1957, entre otras.

1. Pago ánimo solvendi.—Efectivamente. Ha de mediar la intención de extinguir una deuda y por tal razón la prestación, contenido de aquel pago, ha de realizarse real y efectivamente, implicando en dicho cumplimiento al *accipiens*, que hace suya la indicada prestación sin que, en tal caso, importe a estos efectos si él, al recibir, fue o no víctima del error; ello constará exclusivamente en el campo de las responsabilidades y que examinaremos al tratar de los efectos del instituto. Es evidente que Sánchez Román, con otros autores, estima que el concepto de pago hay que hacerlo extensivo a la recuperación de cuál sea la naturaleza de

(37) Paga tanto el que entrega una cosa como el que *hace o no hace* aquello a lo que se había comprometido en el título originario del débito.

(38) Cfr., en sentido contrario, a PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 31, y PÉREZ Y ALGUER, «Anotaciones a Enneccerus-Lehmann» tom. II, pág. 592.

la cosa que resulte objeto del pago indebido, lo que no significa mayor reconocimiento que adecuar la *actio* de recuperar al acto solutorio que se impugna y en lo referente a la identidad e integridad de la prestación entregada y que se reclama (art. 1.157 y 1.166 del C. c.). El Tribunal Supremo en sentencias varias presta apoyo a la unánime tesis doctrinal y de este parecer intelectual son las Resoluciones, entre otras, de 18 de noviembre de 1868, 28 de marzo de 1871, 14 de enero de 1883, 7 febrero de 1956 y la de 20 de marzo de 1911, que, en síntesis, confirma las ideas expuestas en las anteriores y, a nuestros efectos, ratifica la necesidad de haber realizado un pago con el *animus* cancelatorio de la relación en la que por error se creía el *solvens* incursio en el deber de pagar (39).

2. Inexistencia de obligación.—Esta situación consistente en pagar lo que no se debía y cobrar aquello a lo que no se tenía derecho, qué duda cabe, conforma un estado jurídico que el derecho califica de verdadero fracaso en relación al fin que por el *solvens* se perseguía, extinguir un compromiso, que, al no existir, conduce a un cumplimiento «*sin causa*», y, al amparo de los principios del enriquecimiento sin causa, en evitación del empobrecimiento del *solvens*, podrá éste repetir lo pagado indebidamente. En lo referente a la inexistencia del derecho a cobrar, por parte del *accipiens*, creemos que es de aplicación, en nuestro Ordenamiento jurídico civil, la doctrina del *indebitum ex re y ex persona*.

a) Indebitum objetivo.—Esta clase de *indebitum* significa la propia inexistencia de la obligación, de lo que se induce que todo pago efectuado tanto al que se pretende reclamar como a cualquier otra persona ha de resultar inválido y por su consecuencia sujeto a repetición. Si la relación no nació o devino radicalmente nula, la prestación nunca se debió, artículo 1891; y si se pagó con desconocimiento de su posible anulabilidad, sin intención, al pagar, de subsanarla, artículo 1.310 del C. c., también es situación ésta que reclama la restitución de lo pagado; y, de igual forma, procede el *indebitum* si se paga en razón de una obligación condicional antes de que se cumpla el supuesto condicionado, pues hasta entonces no es realidad el derecho a la prestación (40), artículo 1.114 y 1.121, núm. 2.º del Ordenamiento civil y siempre que dicho cumplimiento no abrigue el sentimiento de un pago anticipado al mismo evento del que éste depende, Sentencia de 21 noviembre de 1957. Si en favor del *solvens* se encuentra establecida la facultad de pagar alternativamente (art. 1.131 del C. c.) correspondiendo la elección, como es normal (art. 1.132, núm. 1.º del propio Texto), al obligado y éste, por error, efectúa la prestación ignorando que podía haber elegido, procederá la *condictio indebiti* por haberse frustrado lo que era esencial a esta especie

(39) Cfr. J. RODRÍGUEZ DEL BARCO, trabajo cit., pág. 819.

(40) Cfr. nuestro capt. 2.º, epígrafe 2.º de la obra «El Pogo», referente a lo que tenemos dicho acerca de las obligaciones condicionales.

de relación, lo de pagar eligiendo la prestación. La cuestión de un pago anticipado no dará lugar a la acción restitutoria de lo prematuramente pagado, conforme al núm. 1.^º del 1.126 del C. c., pues no se trata de un adelantamiento de pretensiones sino únicamente de un cumplimiento (41) prematuramente realizado.

Otros hechos determinan, también, supuestos por medio de los cuales son de admitir, al amparo de nuestro Texto legal, situaciones que apoyan el ejercicio de la acción de recuperar. Ejemplo de un *indebitum* es el caso del que pagó ignorando que la *compensación* (art. 1.202 del C. c.), extingue la deuda (en la cantidad concurrente) *ipso iure* (42). En lo concerniente a la posibilidad o no de repetir un pago que se efectuó desconociendo que la obligación que se pretendía extinguir había prescrito, se sostiene, por Pérez y Alguer, que es un supuesto de repetición, pues alegan que la prescripción es renunciable, artículo 1.935, núm. 1.^º, del C. c., e invocan que este caso bien podría encerrar en sí mismo aquella «justa causa» a la que hace referencia el 1.901 del C. c. (43). También *la prestación errónea de un objeto o servicio* (entendida de manera amplia la expresión) *que no es el debido* da lugar a la *condictio indebiti*, pues no se adecúa a los requisitos y circunstancias del pago, conforme al 1.157 y 1.166 del C. c. y sentencia de 24 de marzo de 1924. Enneccerus, Lehmann, Pérez González y Alguer opinan que sería preferible a la repetición la concesión de un derecho de retención, a modo de causa justificante, entre tanto el deudor no cumple entregando lo que exactamente adecuda al acreedor, en el presente caso.

b) *Indebitum subjetivo*.—Cabe que no suceda lo que hasta ahora hemos tratado, sino que la deuda exista y que el *indebitum* sólo tenga su base «en la persona que lo realiza» o «que lo recibe». En esta coyuntura de falta subjetiva de deuda (*expersona*) sucede que se paga, dice Lacruz Berdejo, una deuda existente, pero a uno que no es acreedor, o por quien no es verdadero deudor. La primera hipótesis puede ser la liberación del mismo deudor, en base a la protección que el derecho concede a la apariencia inspiradora, para el *solvens* de buena fe, de la confianza de que al que se paga es el acreedor, artículos 1.164, 1.527 y 1.842, todos del C. c., evitando así los riesgos de una acción restitutoria, inherente a toda contienda judicial, y fortaleciendo, a su vez, la bondad del que en base a la buena fe y diligencia suficiente paga al acreedor o/y heredero aparente. Otro caso de pago al no acreedor (y por las circunstancias subjetivas concurrentes *inter partes* no repetible) es el efectuado al *tercero* (art. 1.163, núm. 2.^º del C. c.),

(41) Cfr. el núm. 2.^º del artículo 1.126 del C. c. y con respecto a los derechos que asisten al que pagó ignorando el establecimiento de un plazo para pagar.

(42) Cfr. en sentido opuesto GONZÁLEZ PALOMINO «Curso de conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona» 1947.

(43) Cfr. los valiosos razonamientos expuestos por José PUIG BRUGAU ob. cit. pág. 32-33 y José L. LACRUZ trabaj. cit. pág. 504.

pues el pagador sabe de la inexistencia del débito para con dicho tercero, en la relación entre *solvens* y *accipiens*, y no obstante corre la suerte de que se produzca el fenómeno de la *utilidad* para el verdadero acreedor, lo que habrá de liberarle del compromiso con éste. Su fracaso le enfrentará a una reclamación contra aquel tercero, en base a lo que supondría un enriquecimiento *injusto*, aunque inicialmente *con causa*, siendo ésta «el deseo del *solvens* de liberarse de la obligación». La segunda de las hipótesis contempladas, «el pago por quien no es el verdadero deudor», para que dé lugar a la repetición será necesario que confíe en su condición de deudor; pues si pagase por cuenta (número 2.º del art. 1.158 del C. c.) o en nombre (art. 1.159 del C. c.) del deudor le cabría la facultad de reclamar a dicho obligado por cuenta o en nombre del que satisfizo el interés del acreedor, siendo tal manera de cumplir una función sustitutoria del verdadero pago (44).

Creemos haber hecho constar con suficiente claridad que uno de los requisitos de la acción del cobro de lo indebido era la «inexistencia de obligación», de causa en definitiva, entendida ésta como «fin conocido y consentido por las partes concurrentes que cada una o ambas en común pretenden alcanzar». El fin, dice Rafael Núñez Lagos, engendra promesas, que a su vez son la causa de las prestaciones, entendidas como desplazamientos patrimoniales, artículo 1.274 del C. c. La causa es al desplazamiento patrimonial, sigue afirmando el citado autor, lo que el palo al aparejo de un velero. El palo sostiene los cabos, y por éstas y con éstas, se izan, arrían y maniobran las velas. La causa es el sostén de las promesas y obligaciones, y por éstas y con éstas se verifican las prestaciones, se mueven las cosas de un patrimonio a otro. Por todo ello comprenderemos que el error al que se refiere la doctrina científica, jurisprudencial y nuestra legislación vigente (artículo 1.895 del C. c.) excluyen la causa del pago, entendido como logro o resultado querido por el *solvens* con el fin de cancelar la obligación. La *no concurrencia* de la causa afecta a la esfera de la legitimidad y, en su contra, impide la consolidación de la adquisición patrimonial entrada en el erario del *accipiens* y facilita el derecho del *solvens* a la restitución. Las faltas contra la legitimidad están enmarcadas por una fenomenología corrosiva en la vida de la relación y se mueven en el marco del perjuicio ajeno, por virtud de la lesión, el enriquecimiento ilícito, la rescisión y la restitución por la *condictio*. En última instancia, pues, el derecho les niega el *permiso* para seguir viviendo y de ahí el establecimiento de la *actio nominada «condictio indebiti»*.

3. Error del *solvens*.—La *solutio indebiti* presupone la inexistencia de la obligación que trata de satisfacer a impulsos del

(44) Cfr. en la problemática del pago indebido ex re y ex persona a R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU en «pago de lo Indebido», Estudios de Der. Priv., tom. I, vol. I, 1948, págs. 477 a 479; J. L. LACRUZ, ob. cit., págs. 504 a 505.

error (45) y, por esta sencilla razón, *quod indebitum por errorem solvitur, and ipsum, and tantumdem repetitur* (46). La *condictio* ya en el derecho de Roma contemplaba la posibilidad de que la naturaleza de la prestación no tuviese su exclusivo origen en las obligaciones de dar sino que, la acción recuperatoria, alcanzara también a las de hacer, o *condictio in certi* (47), soslayando, nosotros ahora, la polémica cuestión de los precedentes históricos de la «*condictio in certi*», si era de derecho clásico o no. En la mencionada acción de recuperar lo que en base al error se pagó es de obligado reconocimiento que, en las reglas de derecho bizantino, la equivocación ha de tener una naturaleza fáctica (D. 12,6,26,3) y, en este sentido, era de general reconocimiento en la *condictio Justinianea*. En materia de distinciones no las hizo el Digesto pero, sin embargo, el Código sí denota un mayor interés en el terreno de la diferenciación entre error de *hecho* y error de *derecho*.

El derecho de Partidas, Ley 28, tít. 14, Partida 5.^a, sigue al de Pandectas. En esta tarea calificadora del error lo hace afirmando que éste ha de ser de hecho, alegando nuestro derecho castellano que el de derecho no aprovecha a nadie, compartiendo, en tal sentido, la norma romana que sostiene que «de la cosa dada por error hay repetición, y que dada con conocimiento hay donación», Digesto, 50,17,53. La duda es asimilada, en el texto alfonsino, a la ignorancia y ésta si es acerca de una regla de derecho no excusa, pues se tiene el pensamiento de que «todos los de nuestro señorío deben conocer nuestras leyes» (48). Las Leyes de Partidas, al ser la continuidad del derecho de las Pandectas, aseguran el imperio del derecho romano en suelo ibérico y confieren al ciudadano de entonces la máxima seguridad jurídica a la que podía aspirar. Un claro ejemplo de seguridad y sensibilidad se nos brinda por medio de la Ley 54 de la indicada Partida y Título; y al respecto se advierte: «que lo entregado para y con la finalidad de que se oculte algún acto ilícito tendrá repetición, si después de cobrar se delata, pues si bien fue torpe haber delinquido no lo es el esfuerzo de evitar ser descubierto, y ello por el riesgo que comporta».

Pothier (49) sostiene que del *promutuum*, o cuasi contrato por razón del pago de lo indebido, nace la llamada «*condictio indebiti*», y que, siguiendo principios de derecho romano, será esencial la concurrencia del error de hecho. El autor francés, de todas maneras, hace notar que a diferencia del *promutuum*, en la *condictio*, se puede repetir cualquier prestación efectuada por error *facti*, haciendo extensivo el instituto a las obligaciones de hacer y no hacer (lo que no se desprende del art. 1.895 de nuestro C. c., que

(45) Cfr. *Instituta de Gaio*, 3,14,1 y *SOLAZZI*, «L'errore della *condictio indebiti*», Napoli, 1938.

(46) Cfr. D. 12,6,7, *Pomp.* 9 *sab.*

(47) Cfr. *Jors KUNKEL*, *Der. Priv. Romano*, trad. esp., pág. 357, *nota 8*.

(48) Cfr. Part. V, tít. 14, ley 34.

(49) Cfr. *Tratado de las oblig.* trad. esp. de J. Ferrer, M. Noguera y F. Casles Madrid, 1872.

configura la institución, sin explicación para ello y con olvido de la preceptiva relación que habría de guardar con el 1.157 del propio Texto legal, como exclusiva de prestaciones, por su naturaleza, de dar o entregar). Al igual que en el digesto, en el histórico derecho francés, se reclama el error de *hecho* como requisito valioso a la hora de configurar la *actio* repetitoria de lo que se pagó sin causa o razón de deber, la equivocación o yerro consistente en la creencia de que se estaba frente a una relación civil y no ante una obligación de orden natural no es la clase de error que el derecho de entonces reclamaba.

Planiol (50) explica la tesis de la necesaria concurrencia del error para que en el derecho codificado pueda tratarse de una situación que haga referencia al pago de lo indebido; el pago efectuado por quien nada debía, ni tampoco al que cobró, aflora una creencia que sólo pudo alimentar el error (Cass. de 19 de enero de 1886). Una excepción al derecho de Roma la observamos en el Código de Napoleón, artículo 1.235, al conferir acción repetitoria al *solvens* que por error pagó una obligación natural, pues se argumenta por la doctrina que el derecho francés quiere que aquellas obligaciones se paguen con toda espontaneidad y no, empero, por consecuencia de un error del que cumplió, lo que sin duda escapa a las enseñanzas del derecho romano que tenía la tesis de que lo que se adeudaba «*naturaliter*» no era un *indebitum* (D. 12,6,12). Colin y Capitant (51) advierten de que la doctrina francesa no es unánime al referirse al error como elemento necesario de la acción de repetir lo que no se debía. Los autores citados dicen que algunos tratadistas sostienen que aún cuando los artículos 1.235, número 1.^º, y 1.376 nada indican con referencia al necesario elemento del error para repetir, es de obligada consideración aquel dicho elemento, al amparo del también artículo 1.377, todos del Código civil francés, que presupone el requisito del descuido «cuando una persona que, por error, se creía deudora y ha pagado una deuda, pues le asiste el derecho de repetir contra el *cobrador-arcipiens*». Colin y Capitant, en defensa de sus ideas, invocan el derecho de las Pandectas y los pensamientos, al respecto, de Pothier; argumentan, a sensu contrario, que la equidad no exige que la ley auxilie al que ha pagado consciente de que nada adeudaba, pues en este supuesto no se trataría de un pago sin causa (52). Otros escritores admiten la repetición en base al 1.377, que presupone error en el *solvens*, y en cualquier otro caso que se dé la inexistencia de obligación de cumplir (53).

El artículo 1.895 del Proyecto de Código civil de 1836, dice:

(50) Cfr. Tratado elemental de derecho civil, «las obligaciones» trad. esp. de J. M.^a Cajica, México, 1945.

(51) Cfr. Curso elemental de Der. Civil, tra. esp., tomo III, Madrid, 1960.

(52) Cfr. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., pág. 877.

(53) Cfr. Cass. Civ. de 2 junio 1892, 3 febrero 1904 y 28 junio 1886, referentes al error objetivo; supuestos de error subjetivo se contienen en la Coss. de 6 enero de 1913 y Cons. de Estado de 28 enero de 1887 y 7 febrero 1890.

«Cuando, por error de hecho, se paga a otro lo que no se le debe, queda éste obligado a la restitución». El artículo transcritó, como lo hacía el derecho romano y el de Partidas, no deja la posibilidad de considerar el error *iuris*, ni cabe entrar en el instituto sin la concurrencia del error de hecho. Sus precedentes son las leyes del Digesto y las de Partidas, al igual que todas éstas resultan serlo del artículo 1.895 del Proyecto de 1851; pero el más inmediato precedente del citado artículo 1.895 de este Proyecto del 51 lo es el también artículo 1.895 de aquel anterior Proyecto del 36. Ambos, a diferencia del artículo 1.376 del C. c. francés, requieren para sí el elemento del error de hecho, como requisito de un *indebitum*. García Goyena, al explanar el precepto en cuestión y hacer obligada referencia a la equivocación, basada en el derecho, manifiesta que el error de derecho «ni excusa ni aprovecha» (54).

Para Roberto de Ruggiero el error del *solvens* era requisito fundamental para, en razón de éste y otros requisitos, accionar en contra del *accipiens* en recuperación de lo pagado sin causa de deber y con ello destruir lo que sería un enriquecimiento injusto. De Ruggiero apoya la tesis de la *condictio indebiti* en tanto se de el error, de hecho o de derecho, y para ello argumenta que la *solutio* es válida en sí y de por sí (como negocio causal que es, pues su causa se concreta en el *ánimus solvendi*, dice, y en el *indebitum* también se dá), enlaza, para este autor, con su causa remota, y ésta será para Ruggiero la obligación que el *solvens* pretendía cancelar. El pensamiento del autor italiano, en lo que hace referencia a la admisión del error de derecho, cabe resaltar que sigue el modelo francés y no su derecho histórico. En lo concerniente al valor que atribuye a la *solutio* en sí misma no hemos de objetar, si el punto de mira del escritor italiano hace blanco en la misión extintiva que la ley tiene confiada al pago, artículo 1.156 del Código civil español, y preceptos homólogos de las legislaciones continentales. Pero hemos de estar en franca oposición a la tesis que pueda suponer una revaluación de la *solutio*, como sugiere Ruggiero, y así lo entendemos de la expresión «en sí y por sí». El pago por sí es un mero eslabón de una trama obligacional y viene ligado a la razón que dispuso su motivo de existir como función al servicio de un programa que ya, *ab origine*, predeterminó su comportamiento. El texto derogado de 1865, en su artículo 1.146, sostenía los mismos que el precepto francés y que el 1.895 del Código civil español, difiriendo del derecho de Roma y de los sostenía lo mismo que el precepto francés y que el 1.895 del Código italiano de 1.865, al igual que los otros textos citados, centra la equivocación en el pagador, siendo intrascendente el error del cobrador a los fines constitutivos de la figura, y no, sin embargo, para la exigencia de responsabilidades en el supuesto de haber cobrado con conocimiento de que nada se le adeudaba

(54) Cfr. el autor citado en ob., también citada, pág. 964.

y por ende observó un comportamiento contrario a los principios inspiradores de la buena fe (55).

Hasta aquí creemos haber conseguido lo que en el presente apartado nos propusimos, examinar el error en el marco del derecho histórico. Así, de esta manera, comprenderemos mejor su papel en cuanto elemento constitutivo de la figura del «pago de lo indebido» e ingrediente *cualificante* del instituto, artículo 1.895 del C. c.

a) El error requisito imprescindible.—Si el *solvens* no realizará el pago con el íntimo convencimiento de que es el deudor de aquella obligación, y no le asistiera el «*animus solvendi causa*», no estaríamos, al ser inexistente la relación o si ésta existiera no, sin embargo, entre *solvens* y *accipiens*, frente a la institución del pago de lo indebido. Cualquier otro supuesto, exento de error como presupuesto de un desplazamiento patrimonial, colisionaría con las exigencias del 1.895 del Ordenamiento Civil, de lo que se deduce la necesaria presencia del elemento *descuido* para la propia existencia de la acción restitutoria de lo pagado indebidamente.

b) El error como portador de la cualidad de la «*solutio indebiti*».—La naturaleza intrínseca de la figura del *indebitum* se debe única y exclusivamente al *pago por error*. Es cierto que la equivocación es sólo uno de los tres requisitos que conforman al instituto, así lo hemos dicho, pero no lo es menos que los otros dos (el de haber realizado la prestación y el de la no existencia de la obligación, elementos subjetivo y objetivo) no darían color, por sí solos, al instituto de lo indebidamente pagado, y si les faltara el colorante (el error del *solvens*), los perjudicados por un pago sin causa de deber habrían de refugiarse de lleno en otro orden de relaciones jurídicas para la mejor salvaguarda de sus intereses.

El fascículo tercero del libro 4.^º del Ante-Proyecto de Código civil de 1882-1888 abandona, por vez primera, la expresión «error de hecho» y en este sentido se recoge en el citado artículo 1.895 de nuestro Texto legal vigente, con lo que seguimos caminos paralelos a los del Código de Napoleón y Código civil italiano de 1865, dirección que se había abandonado por los redactores de los anteriores proyectos y doctrina científica anterior e incluso posterior al Código civil (Sánchez Román, Manresa, Falcón, etc.). Es comprensible que nuestra civilística, anterior a la promulgación del código, inclusive en sus primeros años de vigencia, se inclinase por la afirmación de que el error había de ser de hecho, pues en tal sentido se había impuesto en nuestro foro ya por virtud del derecho de Roma hasta la misma promulgación del Código civil, lo que significa una carga que ni siquiera los postulados del 1.895 del C. c. fueron suficientes para que Sánchez Román y Manresa Navarro modificarán sus ideas al respecto. Ya bien entrados en

(55) En nuestro C. c. consagrados en el núm. 1.^º del artículo 7.^º y artículo 1.258, ambos del Código civil.

nuestro siglo fue el profesor Demófilo de Buen (56), al que más tarde se adhirieron Pérez González y Alguer, los que sostuvieron que, el derecho a repetir, por lo pagado indebidamente, es igual procedente con error de *hecho* que con una equivocación de *derecho* (tanto si la falsa representación recae sobre un acontecimiento como si dicho error recae sobre una disposición de orden legal). De Buen acude a la tesis de que amén que nuestro precepto 1895 no distingue en cuestión de especies de error, tampoco el número 1.^º del artículo 6.^º del C. c. es de aplicación al caso (antes se hacía mención del art. 2.^º del C. c.). Ya, desde entonces, la doctrina científica y la jurisprudencia (57) apoyan la iniciativa, y, al respecto pueden citarse autores nuestros, además de los ya mencionados, como Roca Sastre, Puig Brutau, Albaladejo, Díez-Picazo, Hernández-Gil, Aragüés Pérez (58), Lacruz Berdejo, Gullón Ballesteros (59), Castán, Rodríguez del Barco, etc.

En materia de error, como exponen Roca Sastre y Puig Brutau (59), la problemática probatoria plantea cuestiones que no siempre resultan de fácil solución en la contienda judicial; ello conmovió al legislador al establecimiento de alguna presunción favorable a su existencia, pero dejó al cargo del que pretende valerse de haberlo efectuado probar que así fue y con ausencia de causa (ya que la ley siempre la supone, art. 1.277 del C. c.), e inclusive es necesario demostrar que no concurrió, en aquel pago, como se creía, ni la supuesta causa ni tampoco cualquier otra justa razón (art. 1.901 del C. c.). Ahora bien el legislador, como advierten los citados autores, consciente de la dificultad de probar el error, realidad interna o psicológica, facilita el supuesto por virtud de lo que se dispone en el inciso 2.^º del 1.901 del C. c. La presunción que se deja establecida en el mencionado precepto admite prueba en contra y, en este sentido, se entiende por lo que se dispone en la 2.^a parte del artículo 1.901. El artículo 1.900 del Ordenamiento civil facilita los medios probatorios, que corren por cuenta del que pretende haberlo hecho, en el caso de que el *accipiens* negase el haber recibido la cosa que se le reclama y, el demandante, pudiese probar lo contrario. De todas maneras esta cuestión, que discurre por los senderos de la prueba de la equivocación, en el supuesto de litigio judicial, y que, como se ha dicho, incumbe la carga de la prueba al que afirma, no es tarea propia nuestra, ahora y aquí, pues las cuestiones de orden procesal tienen su encuadre en otros trabajos que persiguen finalidades a las que nosotros, por ahora, no hemos dirigido los esfuerzos.

(56) Cfr. Derecho Civil Español Común, ed. Reus, Madrid, 1922.

(57) Cfr. las Sentencias 4 abril 1903; 20 marzo 1911; 4 marzo 1936; 7 julio 1950, 5.^º Considerando; 17 junio 1955 (S. de lo Social); 21 noviembre 1957; 4 abril 1976.

(58) Cfr. «El error de derecho» publicado en Rev. Universidad, tom. 10, año 1933, págs. 1094 y ss.

(59) Cfr. ob. cit., págs. 480-481.

D) Los efectos de la «solutio indebiti».

Cuando existen las condiciones de «relevancia», para con ellas construir la figura del *indebitum*, y por su consecuencia admitir la *actio restitutoria*, estamos frente a una acción personal del *solvens* para recuperar lo pagado indebidamente a virtud del deber que el artículo 1.895 de nuestro C. c. establece para con el *accipiens*, al disponer: «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, ..., surge la obligación de restituirla». Aún cuando el precepto no haga expresa referencia se tratará no solamente de la cosa entregada o bienes que se transmitieron sino que, también, de lo equivalente en dinero, porque, ya lo hemos dicho, el artículo 1.157, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (60) y la doctrina reclaman una amplitud conceptual del instituto del «pago».

Así, pues, cuando tratamos de concretar cuales hayan de ser los efectos que el *pago* o *cobro* de lo indebido producen nos vemos reducidos a advertir que, del artículo del Código civil que establece la obligación (el 1.895), sólo se desprende un único efecto, «el de que el *accipiens* restituya al *solvens* la prestación que éste último efectuó al primero». El deber de restituir que pesa en cabeza del *accipiens* y, en relación a aquella exigencia, el derecho a recuperar que le asiste al *solvens*, son de contenido y extensión diferentes, el primero en función de la naturaleza de la prestación realizada y, el segundo, del comportamiento íntimo del *accipiens-cobrador*. Son elementos que conforman dicha naturaleza la determinación o indeterminación de la cosa entregada, y su posibilidad de restituirla *in natura*, por medio de la entrega del *tantum-dem* o bien a modo de su equivalente en dinero. La actitud del *accipiens-receptor* del cobro de aquello que no se le adeudaba será determinante a la hora de establecer el contenido o extensión del deber restitutorio que incumbe al *accipiens*. Por razón del conocimiento que éste pudiera tener acerca de la procedencia o no de la prestación que recibía, podremos configurar la tesis de una recepción bondadosa o de aquella otra que el derecho distingue con el calificativo de «actuación contraria a la buena fe», y es de obligada cita, al respecto y ahora, el artículo 1.896 del C. c., aunque por su especificidad no pierda los estrechos vínculos que le ligan a otros preceptos vigilantes y reguladores del fundamental principio de la buena fe, artículo 7, número 1.^º, y 1.258, ambos de nuestro Texto legal civil.

Si la extensión del derecho del *solvens* a recuperar lo pagado sin causa de deber, al objeto, en definitiva, de que se restablezca el equilibrio perturbado, y su régimen legal, por consecuencia, giran en torno a una conducta acorde con o en contra de la buena

(60) Cfr. La Sentencia del T. S. de 23 diciembre de 1903, en el sentido de que la obligación de restituir lo indebidamente cobrado es total, comprende exactamente lo percibido íntegramente.

fe, bueno será, para su determinación, tener presente que el *accipiens* habrá de comportarse, en el momento de recibir la prestación, conforme establece el número 2.^º del artículo 1.104 del C. c. (61) y, como observa Lacruz Berdejo, la mala fe no requiere acto alguno del cobrador, pues, como se expresa en el 1.902 del Ordenamiento civil, «el que por acción u omisión causa daño a otro está obligado a repararlo» (62).

Como cuestión previa, y antes de entrar en el examen de los comportamientos que hacen referencia al receptor de la prestación indebida, a las que hacíamos mención en líneas anteriores (queremos decir a aquellas íntimas actitudes del *accipiens*), haremos una breve indicación a las legitimidades para demandar y ser demandado.

1) *El solvens*: Como tal disfruta de una doble legitimidad, la que le habilita para accionar (que Núñez Lagos denomina «causa habilitante», página 132-133, del trabajo citado), y la que le faculta para retener (que el citado autor, en su importante trabajo, ya nombrado, pág. 133 y ss., califica de «causa justificante»). La jurisprudencia (Sentencias de 1 de marzo 1936 y 17 diciembre de 1952), y la doctrina científica coinciden en la idea de que la restitución ha de hacerse a la misma persona que realiza la prestación, sin que resulte acto convalidante el que haya tenido por objeto la devolución de lo recibido o su equivalente (por parte del receptor) a quien resultase ser su verdadero dueño.

2) *El accipiens*: La situación de obligado a la restitución le coloca en la posición pasiva de la trama y, por ende, de aquella dicha colocación nace su legitimidad «pasiva» en la reclamación entablada por el pagador de lo que por error pagó indebidamente al propio demandado. Esta capacidad para ser sujeto pasivo en el pleito o en la vía extrajudicial es de apreciar, también, a aquellos que a título universal hayan sucedido al *accipiens*. No, sin embargo, puede atribuirse aquella legitimidad pasiva a otras personas diferentes, pues la supuesta tentativa de ejercitar la «*condictio indebiti*» significaría pretensión contraria al artículo 1.895 del C. c.

En materia de legitimidad para ser demandado, en lo que al ejercicio de la *actio recuperatoria* del *indebitum* se refiere, en el supuesto de que fueran varios los que recibieron del *solvens* (que nada les adeudaba) responderán *solidariamente* del deber de restituir lo recibido, pues la tradicional mancomunidad, consagrada, en nuestro derecho vigente, por los artículos 1.137 y 1.138

(61) Cfr. DÍEZ-PICAZO, ob. cit., págs. 632-634; J. SANTOS BRIZ, ob. cit., página 80; GULLÓN BALLESTEROS, «Cobro de lo indebido», en Estud. de Der. Civil en honor del prof. Batllé Vázquez, 1978, pág. 374; José L. LACRUZ, ob. cit., páginas 508-509; RODRÍGUEZ DEL BARCO, trab. cit., págs. 820 a 822; PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 39 a 41, etc.

(62) Ello será, naturalmente, con independencia de aquellas otras responsabilidades, de orden civil, que tengan su origen en el «*maleficio*», a los que hace mención la Sentencia del Alto Tribunal de 24 de octubre 1901.

del C. c., no es de aplicación en el presente caso y ello, creemos, en base a principios de equidad que reclaman no someter al *solvens* a las contingencias que la mancomunidad podría acarrearle y con aquellos posibles inconvenientes coadyuvar al empeoramiento de una situación que, para el que pagó sin estar obligado a ello, es ya, de suyo, gravosa (63).

Las actitudes que el *accipiens* adopte al recibir el *indebitum*, supuesto que *conocía* que no se encontraba en posesión del crédito, o derecho suficiente para exigir su contenido, le colocará en la situación jurídica de «cobrador de mala fe» (art. 1.896) y, por contra, si no tenía conciencia de que el pago que recibió pudiera ser indebido, aún con asistencia de aquella diligencia de grado medio, requerida por el número 2.^º del 1.104 del C. c., será considerado como persona de buena fe (art. 1.897). La preocupación del derecho es diferente en uno o en otro caso, de ahí la mayor o menor rigurosidad para la exigencia de responsabilidades y en consecuencia convendremos que, un «conocimiento» o «desconocimiento», por parte del *accipiens*, con respecto a la realidad de aquel pago, habría de ser para el legislador la medida adecuada para con ella, y en razón de ella, señalar cuál haya de ser la extensión de los efectos de un pago indebido (con los requisitos que lo configuran) conociendo o no el *accipiens* la realidad de aquel supuesto acto solutorio, que de buena fe recibe el cobrador (artículo 1.897) o que aprovechando el error del pagador hace suyo el *accipiens* (art. 1.896).

a) Alcance de los efectos de un cumplimiento efectuado a un *accipiens* de buena fe. El supuesto contemplado por el artículo 1.897 no se aviene con la amplitud que, al respecto, se contiene en los preceptos 1.896 y 1.900 del propio Texto legal, y nos referimos al *numerus clausus* que impone el 1.897 con la expresión «de cosa cierta y determinada». Tampoco guarda el precepto la debida armonía con otras reglas del Código civil que configuran un concepto más amplio del pago (arts. 1.157, 1.166, 1.167 y 1.170, del C. c.) y que son, en la materia, normas específicas; la doctrina y la Jurisprudencia ensancharon la visibilidad jurídica del artículo 1.895 y en tal sentido el Tribunal Supremo afirma que «la obligación de restituir aquello a lo que no había derecho a cobrar es absoluta y sin limitación alguna», Sentencia, ya citada, de 23 de diciembre de 1903 (64). Efectuadas las precisiones que anteceden, nos disponemos al examen de lo que pasa a ser objeto de este apartado, los efectos de un *indebitum* hecho a un cobrador de buena fe.

El *accipiens* que de buena fe recibió una determinada prestación convencido de que se le adeudaba se comportó como si del verdadero acreedor se tratara (aún sin serlo). Es verdad que la creencia de buena fe en la propiedad de la cosa recibida o servicio

(63) Cfr. La Sentencia de 22 diciembre de 1903.

(64) Cfr. RODRÍGUEZ DEL BARCO, ob. cit., pág. 821.

que se le prestó (nos referimos al equivalente de esta prestación, de hacer o de no hacer) no convaleja el *indebitum*, y por ello pervive la obligación de restituir que el artículo 1.895 del C. c. impone al *receptor*, pero no es menos cierto que los efectos son de alcance menor, ello es debido a la buena acogida que un comportamiento sincero merece frente a la Ley.

Aún con lo dicho es inevitable que la propia naturaleza de la acción restitutoria plantea las clásicas cuestiones que, como dicen Roca Sastre y Puig Brutau, hacen referencia a los frutos, a las mejoras (expensas e impensas), a las pérdidas y a las desmejoras. El Código civil, en sus artículos 1.897 y 1.898 reglamenta la situación de la misma manera que en el caso de tratarse de un poseedor de buena fe obligado a devolver la cosa poseída a raíz del ejercicio de la *actio reivindicatoria* ejercitada por el dueño. Los citados autores siguen afirmando que pueden considerarse idénticas las normas aplicables, pero con diferencias: 1) que respecto de la pérdida o de las desmejoras de la cosa objeto de la restitución (tanto por caso fortuito como por culpa del cobrador) el *accipiens* sólo responde por ellas «en la medida que se hubiese enriquecido con ellas», artículo 1.896 del C. c. 2) que si el cobrador hubiese enajenado la cosa a devolver, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo, número 2.^o del 1.896 del C. c. En este caso nos encontramos frente a la clase de subrogación que deja establecida el número 1.^o del 1.209 del propio Ordenamiento civil (65).

b) Extensión de los efectos restitutorios de un pago indebido realizado a un *accipiens* de mala fe. El supuesto que ahora examinaremos no tiene sede en el campo de la pretensión del enriquecimiento injusto, y así entrar en el terreno de la responsabilidad sólo y en la medida, como dice la parte 2.^a del 1.897 del C. c., «en cuanto por ellas se hubiere enriquecido». Por el contrario, la *condictio indebiti*, en la suposición de mala fe, situación que nos corresponde contemplar ahora, se aleja del marco del enriquecimiento sin causa para alojarse, así, en zonas más conflictivas, aquella que alberga «el resarcimiento de daños y perjuicios, pues fue el propio *accipiens* el causante de todas las consecuencias del cobro de lo indebido, cual de esta misma manera lo entiende Manresa Navarro, de lo que ha de seguirse que será efecto normal del derecho que cargue con sus consecuencias éste».

De lo establecido en las reglas de los artículos 1.896 y 1.898

(65) Cfr. para la problemática del cobrador de buena fe, fundamentalmente ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 482-483; RODRÍGUEZ DEL BARCO, trab. cit., págs. 820-821; LA CRUZ BERDEJO, trab. cit., págs. 508 a 510; A. GULLÓN BALLESTEROS, trab. cit., págs. 377-378; DÍEZ PICAZO, ob. cit., págs. 635-636; J. SANTOS BRIZ, ob. cit., págs. 83-85; PUIG BRUTAU, ob. cit. (de junio del 1983 la 1.^a ed.), páginas 39-40, y de imprescindible consulta es la obra, ya citada, de García Goyena, págs. 964 a 966. Vid. de doctrina extranjera, a Doménico BARBERO, «Sistema del Derecho Privado», tom. IV, contratos, trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967.

del C. c. se colige, con claridad, que se regulará la restitución de la prestación realizada sin causa de deber a un *accipiens* de mala fe, por el que pagó impulsado por el error. En definitiva, pues, de los antes citados preceptos se adivina que la devolución se regirá conforme a lo preceptuado para el poseedor de mala fe frente a la *actio reinvindicatoria* del propietario. Son de advertir, al igual que en la hipótesis del apartado anterior (el a), dos excepciones a la tesis: 1) la de que no responde del caso fortuito, cuando hubiere podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que los entregó. 2) La de que debe indemnizar todos los perjuicios que se irroguen al pagador hasta el momento en que éste vuelva a recuperar la cosa.

E) *La excepción al deber restitutorio del artículo 1895.*

Queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente y considerándose bien pagado, realiza actos u observa conductas que convierten el crédito en cuestión (que como dice Santos Briz no está pagado) en una situación de difícil realización. A la circunstancia expuesta la doctrina la señala con la expresión de «*indebitum ex persona a parte debitoris*». Y, así las cosas, puede ocurrir que la repetición no sea admitida, lo que sucederá cuando se den los supuestos, por parte del *accipiens*, de «inutilización del título del crédito», «haber permitido la prescripción de la correspondiente acción restitutoria», «abandonando las prendas» y «cancelando las garantías de su crédito» (primera parte del art. 1.899 del Código civil). La razón que asiste al *accipiens* para justificar su exclusión del compromiso de devolver al *solvens* lo pagado sin causa de deber se encuentra en las dificultades que, para el ejercicio de la *condictio*, se le plantearían por virtud de aquella actuación, activa o pasiva, a la que hemos hecho referencia y vendría a representar su mayor inconveniente. Una parte de la doctrina ha querido defender un determinado comportamiento del *acreedor-accipiens* que coincide, precisamente, con la justificación legal, por lo que resulta una exención como excepción al general principio establecido en el artículo 1.895 del C. c. (art. 1.899, núm. 1º del C. c. español, 1.377 del C. c. de Napoleón y núm. 1º del 2.036 del C. c. italiano de 1942). Estos mismos autores (Demogue, Domat, Rodríguez del Barco, etc.), apoyan la tesis de lo que no es más que una limitación a la *condictio indebiti*, del que pagó en calidad de falso deudor, y lo hacen unos por razones de justicia y equidad, otros en base a evitar el empobrecimiento del *accipiens*, lo que le sucedería si tuviera que restituir y además se viese con escasas posibilidades de valerse contra su verdadero deudor.

Sin dar, aún, por agotada la problemática que un paciente lector podría extraer del inciso 1º del artículo 1.899, sugeriremos,

primero, que la extensión liberatoria de la obligación de restituir lo cobrado indebidamente que (en favor del *accipiens*) se consigna en el precepto de referencia es reveladora de una sobrecarga de confianza atribuida «*al que*», creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente. Sin embargo, a este *receptor* de buena fe se le *suaviza* de carga cuando el *solvens*, impulsado por el error, efectúa un pago al que no está obligado, y por este mismo motivo es por lo que puede asegurarse que el cobrador no tenía ningún derecho a percibir la correspondiente prestación. Encontramos a faltar la necesaria cohesión, a la hora de valorar el principio de la buena fe, entre el citado 1.899 y los también artículos 7.º, núm. 1.º, y 1.258, todos del mismo Ordenamiento civil. Desproporcionado nos parece el mérito concedido al que, «creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente», se le exonera de restituir lo que no es suyo (y que por equivocación se le entregó). Y, por contra, no se exige al cobrador aquella diligencia media, a la que hace referencia el número 2.º del 1.104 del C. c., para que, con su mérito, pueda el *accipiens* cerciorarse de que el pagador no es falso, pues no parece respetuoso con los principios de la buena fe (consignados *in extenso* en el núm. 1.º del art. 7.º y, de manera específica, para la temática de referencia, en el también art. 1.258, ambos del código civil) aquella manera de comportarse que haga de cualquier vereda camino adecuado para un viaje a Roma. La pacífica contemplación por parte del legislador del espectáculo que pueda representar la inmediata destrucción del título de crédito, la desidia en el descuido de un derecho, en cuanto al tiempo de exigencia, y, a mayor abundamiento, el abandono o cancelación de garantías de un derecho, inducen a pensar en una preordenación, por parte del cobrador, de una situación que le reportará una mejor colocación económica, como puede ser el aprovechamiento de la que se contiene en el precepto 1.899 del C. c., infringiendo, así, los más elementales principios que conforman el *estatuto* del verdadero receptor de buena fe, y en cuyo encuadre viene obligado el *accipiens* a permanecer.

Si a lo que venimos apoyando se le adiciona, a modo de contrafuerte, la tesis de que la inutilización del título de crédito no significa la extinción de la relación, concepto circunscrito al terreno probatorio sobre su existencia, ni tampoco la liberación o cancelación de garantías del crédito, tiene relación con la manera de extinguir las obligaciones y, por último, recuérdese que la prescripción no es causa extintiva del débito, faculta al deudor para alegarla como *exceptio*, por lo que sólo así producirá efectos cancelatorios (66). Con estas precisiones, pues, creemos injustificada toda razón que pretenda mantener la conveniencia del precepto y, causa de pensamientos poco maduros los que inspiraron las reglas del artículo; la 2.ª es consecuencia de la 1.ª e instrumento al servi-

(66) Cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, trab. cit., pág. 383 nota 24.

cio de una trama artificiosa, la del número 1.^º del artículo 1.899. Su rigurosa aplicación, por sus claros efectos disfuncionales, podría crear situaciones que encajarían en aquel aforismo que afirmaba que «*summum ius, summa injuria*», fue una voz de alarma que advirtió del mal funcionamiento del mecanismo y que podría suceder, y de hecho ocurría, que «era el hombre que por falta de un exacto concepto de la interpretación coloca los preceptos de Derecho y las máximas morales fuera de la serie causal» (67).

El número 2.^º del artículo 1.899 busca un consuelo jurídico para aquel *solvens* que se equivocó en pagar lo que no debía y, en consecuencia, podrá reclamar el *indebitum*, sólo contra el deudor del *acciens* (que resulta acreedor de dicho deudor) y/o contra los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva. Gullón, con acierto, advierte que la relación acreedor (*acciens* para nosotros) y deudor (tercero en nuestro caso) no se extinguió por el pago del *solvens*, si así fuera no tendría sentido la acción contra los fiadores del verdadero deudor y a la que se hace mención en el número 2.^º del 1.899 del C. c., pues habrían quedado liberados, a virtud del artículo 1.847 y por razón de la cancelación de la obligación que garantizaban. La regla que tratamos establece la subrogación legal, colocándose, de esta manera, el *solvens*, en el supuesto del *acreedor-acciens*, pero habida cuenta de la debilidad que presenta el derecho de crédito, en base a una eficaz defensa del deudor, en punto a razones diversas y que el propio número 1.^º del precepto apunta, es del convencimiento el antes citado autor que al *solvens* indebiti hay que conferirle la posibilidad de una *actio propria*, basada en el enriquecimiento que obtendría el deudor verdadero si no realizara el pago al *solvens*, pues dicho incremento patrimonial se basa en el beneficio que le reportará el no haber pagado a su acreedor y, en contra, haberse librado de la obligación (68).

F) La «*solutio indebiti*» y su adecuada colocación en el marco jurídico.

De las «variae causarum figurae» de Gaio al artículo 1.089 del Código civil vigente. De los cinco quasi contratos clásicos (aceptación de la herencia, tutela y curatela, comunidad de bienes, pago de lo indebido y gestión de negocios) (69), al Título XVI, Capítulo I, Libro IV del mencionado Texto legal. En él comprobaremos reducidas a dos aquellas históricas figuras quasi contractuales, «la gestión de negocios ajenos» y «el pago de lo indebido». La una

(67) Cfr. DUALDE, «Una revolución en la lógica del Derecho», pág. 204 (los matices de los preceptos de los códigos en materia contractual son tres: ...)

(68) Cfr. BARBERO, ob. cit., pág. 691, en lo que se refiere a la ficción legal (pago de deuda ajena) y por ello es de ley subentrar en los derechos de aquel que recibe frente al verdadero deudor, y núm. 3.^º del artículo 2.036 del C. c. italiano, 1942.

(69) Cfr. Luis DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pág. 393.

regulada en la Sección 1.^a (arts. 1.888 a 1.894) y la otra en la 2.^a sección (arts. 1.895 a 1.901), todos dichos preceptos del Capítulo I del Título y Libro antes citados. El artículo 1.887 será el Precepto que advertirá de la naturaleza de las instituciones que se regulan en las secciones de que se compone el Capítulo 1.^o (del Tít. y Lib. citados) (70).

Nosotros, con la casi unanimidad de la doctrina científica nacional y extranjera, y las razones vertidas en aquel apartado A) que nominábamos «antecedentes históricos de la figura del *indebitum*», también tildamos de «*fingido*» el instituto del quasi contrato y, en base a tal afirmación, somos conscientes de que podría ser desactivado, trasladando su contenido e imputando a otras fuentes las obligaciones surgidas de aquellas situaciones, y ésta es la proposición a que nos obligamos ahora; conseguirlo dependerá de si acertamos en adivinar, para la figura del *indebitum*, un «*sitio*» acorde a su *función* y *naturaleza*. A la *negotiorum gestio* ya le atribuyó un lugar adecuado Emilio Betti al afirmar que, «para que haya negocio jurídico basta un comportamiento social que esté caracterizado por una función económico-social típica considerada digna de tutela por el derecho», obra citada aquí, página 129. Díez-Picazo, dice: «el hecho productor de la obligación puede ser considerado, sin graves dificultades, como un negocio jurídico, pues negocial es la espontánea intervención del gestor, últimamente emprendida, en los asuntos del dominus» (71). Señalado, pues, por los citados autores, el origen del que, a su juicio, trae causa la gestión de negocios ajenos sin mandato (situación que se da por el mero hecho de velar por las cosas de otro, configurándose, de esta manera, relaciones análogas a las que nacen del mandato contractual) (72), y aun cuando no es para nosotros tarea del momento sí, empero, que lo aprovechamos para resaltar el acierto que la idea conlleva. Aún seguros de no estar de parte de la Tesis negocial de el propio Código civil, en lo que a la gestión de negocios ajenos se refiere, artículo 1.888 a 1.894, ni tampoco, como es manifiesto, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; no, sin embargo, podemos dejar de reconocer la bondad de la aseveración en base, aunque sólo fuera, al químérico esfuerzo que significó para los compiladores la creación del instituto quasi-contractual al amparo del débil recurso consistente en no saber asignarle un lugar propio o forzar, por la vía analógica, situaciones de similitud que se avienen muy poco al caso que se elige como

(70) Cfr. apartado A) del II epígrafe de este trabajo. Su artificiosidad la mantenemos también nosotros y, al efecto, compartimos la calificación de Díez-Picazo al afirmar, este autor, que es «errónea dogmáticamente» y, desde luego la idea de Puig Brutau al decir que olvidar la figura del pago indebido tal y como está configurada es un acierto (sugerencia que el autor hace al propósito y referencia del C. c. italiano de 1942).

(71) Cfr. autor citado, ob. señalada anteriormente, pág. 394.

(72) Cfr. Rodolfo Sohm, «Instituciones de Derecho Priv. Romano», Historia y sistema (17.^a edif. alemana), trad. al esp. por W. Roces, 1928.

punto de referencia; pero es decisivo, afirma Betti, a los fines de su calificación como negocio, la relación interna existente entre gestor y dueño del negocio y la existencia, en este último, de un interés en la actuación del gestor según una *valoración* del éxito que puede preverse (73).

Efectuadas las precisiones que hemos creído necesarias para una más sencilla comprensión de la problemática en cuestión, y asumida la concepción negocial de la *negotiorum gestio* nos enfrentamos ya con el análisis y consiguiente conformación de cuál haya de ser el encuadre, en el ámbito de nuestro marco legal, de las obligaciones que deriven del cobro o pago de lo indebido (art. 1.895 del C.c.) y su pertenencia a la fuente más adecuada. En el compromiso de desactivar el contenido del instituto quasi-contratual, al que habíamos prometido dedicación, encontramos mucha menos resistencia de la que en un principio esperábamos; una mitad del trabajo es trasplantado al campo contractual (fórmula especificadora dentro de un más extenso concepto, el negocio), por mérito de cualificados escritores (y con ignorancia de la proposición por parte de ley y Jurisprudencia), la parte restante, o sea, la «*solutio indebitum*», es la que nos toca extraer del claustro del instituto quasi-contratual, para, con ello, hacer realidad la volatización de la consabida figura, por medio del vaciado de su contenido y, con ello, desterrar del campo doctrinal la institución, con la esperanza de que un día el legislador repare en la insostenible fuente de obligaciones, el quasi-contrato, artículo 1.089 del C. c., y su más conveniente regulación.

Naturaleza del cobro y/o del pago de lo indebido, Fuente u origen de la obligación y su Regulación.

1. Naturaleza: Si el acto solutorio presupone la previa existencia de una obligación válidamente establecida, arts. 1.156, número 1.^º, y 1.157, del C.c., es claro que el supuesto contemplado en el artículo 1.895 de aquel Texto legal no es un pago, pues la falta de relación frustra el fin querido y por su consecuencia deja concretado un compromiso de restituir al *solvens* lo que por error pagó al *accipiens*. La *índole*, pues, del *indebitum* se expresará como «un pago sin causa de deber» (experimentalmente, así, una verdadera ruptura con lo que podría haber sido el propio contenido de su razón, «el fin económico y social reconocido y protegido por el derecho»). Los efectos de la figura son empobrecedores y al igual que sucede en microbiología, los parásitos hay que combatirlos pues, en nuestro caso, resisten a costa de seres inocentes, enriqueciéndose a su costa sin justificación alguna. Su naturaleza, la que hemos dejado expuesta, es causa eficiente para la producción de aquellos efectos descritos y, aquélla y éstos, motivo para justificar la acción restitutoria que se Contiene en el Código Civil (74).

(73) Cfr. BETTI, ob. cit., pág. 125.

(74) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, «El incumplimiento de las Obligaciones»,

Nosotros creemos en la desarticulación de la artifiosa figura quasi contractual, en este sentido lo hemos anotado. En Emilio Betti habíamos encontrado un decidido exterminador del instituto, incardinando en el campo negocial la *negotiorum gestio* y pretendiendo indéntica morada para el *indebitum*. Por toda justificación, el profesor italiano, al defender la tesis negocial del pago indebido, dice: «Para que haya negocio jurídico basta un comportamiento social que esté caracterizado por una función económico-social típica y considerada digna de tutela por el derecho». Betti, con la autoridad de que goza y habilidad que le caracteriza, da por seguro que los oponentes a la idea negocial del cumplimiento, Nicolo, Funaioli, etc., se encuentran en el error y con tal supuesto y mucha imaginación construye lo que podría resultar un diferente juego de artificio, pero, al fin, trama tejida con elementos caprichosos que por su propia naturaleza no reemplaza a aquella ficción quasi contractual; lo que consigue, sin embargo, en lo referente a la *negotiorum gestio* al encuadrarla en el campo negocial (75).

2. Origen: La obligación que impone el deber de restituir lo indebidamente pagado, supuesta la aparición ante la realidad social del hecho inspirador del fenómeno, tiene su fuente en la propia ley y ésta es la que determina sus efectos siendo, empero, apresurada la idea que pretenda asignar al *indebitum* un origen ligado al enriquecimiento injusto cuando, lo acertado, sería considerar a dicho enriquecimiento injustificado como propio de un «pago sin causa de deber» (76).

3. Su regulación: La propia destreza en el fingir atrapó en sus redes al mismo *indebitum*. Los compiladores enmarcaron al pago indebido, en lo que hace a su restitución, de tal manera que aún hoy día goza de estabilidad legal y jurisprudencial, sin que ésta pueda explicar, de todos modos, el porqué de su régimen estatuido al amparo de los artículos 1.895 y 1.891, del C. c., y, por esta razón, es por la que, con Luis Díez Picazo, proponemos su regulación al dictado de las normas que gobiernan un pago *estricto*, artículos 1.157 a 1.171 del mismo Texto legal. Realizados, así pues, los perfeccionamientos propuestos por Díez Picazo y Emilio Betti, sin aceptar la idea del segundo, para con el cobro o pago de lo indebido, es por lo que podemos asegurar una *naturaleza* adecuada, una *fuente* apropiada y una *regulación* congruente a la temática propia de la materia.

ed. Rev. de Der Priv., Madrid, 1956, págs. 183 a 208 y 340 a 342; Luis DÍEZ PICAZO, ob. cit., pág. 394; J. L. LACRUZ BERDEJO, trab. cit., págs. 502 a 504, y FELIPE ARAGÜES, trab. cit., pág. 1107, *nota 35*.

(75) Cfr. E. BETTI, ob. cit., págs. 128 a 133.

(76) Cfr. Luis DÍEZ-PICAZO, que con evidente acierto propone un camino seguro para, al fin, abandonar el quasi contrato.

Información Legislativa (*)

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. DERECHOS DE LA PERSONA. Regulación de la hemodonación y de los Bancos de sangre.

Real Decreto 1.945/1985, de 9 de octubre ("B. O. E." del 24).

La donación de sangre, que se regula con detalle por este Decreto aparece como la forma ordinaria de obtención de sangre con fines médicos o clínicos. Se tratará siempre de un acto voluntario y gratuito, sin que en ningún caso medie retribución económica para el donante, ni exigencia al receptor de precio alguno por la sangre donada. Excepcionalmente el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá autorizar a determinados Bancos de sangre para la obtención de sangre mediante gratificación económica, en la medida que sea necesario.

Se regula, además, el régimen de los Bancos de sangre y las sanciones aplicables por infracción de los requisitos establecidos para la obtención, donación o circulación de la sangre humana y sus derivados.

2. DERECHOS DE LA PERSONA. Protección respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Instrumento de 27 de enero de 1984, de ratificación del Convenio de 28 de enero de 1981 ("B. O. E." del 15 de noviembre).

El Convenio garantiza a las personas físicas el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Objeto del Convenio es que los datos personales tratados informáticamente se obtengan leal y legítimamente, para fines determinados y lícitos, adecuados, no excesivos, exactos y conservados durante períodos limitados.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el "B. O. E." durante el cuarto trimestre de 1985.

Cualquier persona podrá conocer la existencia y características de los ficheros de datos y obtener la confirmación de los datos contenidos, así como lograr la rectificación o borrado.

El presente Convenio, elaborado en el seno del Consejo de Europa, entró en vigor para España el 1 de enero de 1985 y responde al principio proclamado por el art. 18, p. 4 de la Constitución (la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos).

3. NOTARIADO. Especialización en Derecho foral o especial.

Real Decreto 2.253/1985, de 22 de mayo ("B. O. E." del 3 de diciembre).

Los Estatutos de Autonomía de Aragón, Cataluña y Galicia y el Amejoramiento navarro, señalan que la especialización en Derecho foral será mérito preferente para el nombramiento de Notarios en los respectivos territorios. El presente Real Decreto establece el procedimiento para acreditar tal especialización.

A este efecto, se celebrarán pruebas anuales en los Colegios Notariales correspondientes para la evaluación del conocimiento de los ordenamientos forales.

El examen consistirá en un dictamen de reconocida dificultad sobre materia foral y su superación supondrá un incremento de la antigüedad a efectos de los concursos para Notarías de la respectiva Comunidad.

El Decreto detalla la composición del Tribunal que calificará estas pruebas.

4. COMUNIDADES EUROPEAS. Bases de delegación para la aplicación de su Derecho.

Ley 47/1985, de 27 de diciembre ("B. O. E." del 30).

Esta Ley realiza una especial delegación al Gobierno para que adegúe el Derecho español al comunitario. Se regulan los siguientes aspectos:

1) Alcance de la delegación. Se determina de dos formas:

- Se extiende a las materias reguladas por las leyes incluidas en el anexo, para adecuarlas al ordenamiento comunitario, y
- A las materias reguladas por normas comunitarias vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan una regulación legal de la que carecen.

2) Bases de la delegación. Cumplirán esta misión las directivas y demás normas comunitarias cuya aplicación exija normas legales.

El plazo de ejercicio es de seis meses.

3) Control. Además de la preceptiva intervención del Consejo de Estado, se prevé la actuación especial de una Comisión parlamentaria mixta.

En el anexo al texto legal se determinan las normas legales a modificar y las normas comunitarias que deberán respetarse.

Las materias afectadas son variadas: agricultura, montes, caza, defensa de los consumidores, circulación de vehículos, instituciones de inversión colectiva, entidades financieras, inversiones extranjeras, bancos, seguros, minas, hidrocarburos, aduanas, transportes, prácticas restrictivas de la competencia, contratos del Estado.

Como expresa el Preámbulo de la Ley, la utilización de este procedimiento normativo para la incorporación del Derecho Europeo no es una novedad, pues lo aplicaron en su día el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca y Grecia.

2. Derecho de obligaciones

5. NOTARIADO. Supresión de la exigencia de legalización.

Ley 43/1985, de 19 de diciembre ("B. O. E." del 21).

Con el fin de simplificar trámites administrativos, el Real Decreto 510/1985, de 6 de marzo, ya suprimió el requisito de la legalización de la firma en las escrituras autorizadas por agentes diplomáticos o consulares cuando actúan en funciones notariales. La presente Ley aplica el mismo régimen a los notarios, derogando el art. 30 de la antigua Ley del Notariado.

En consecuencia, los instrumentos públicos autorizados por Notario hacen fe en todo el territorio nacional, sin necesidad de legalización.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Se regula la incidencia del I.V.A. en sus precios.

Real Decreto 2.444/1985, de 27 de diciembre ("B. O. E." del 31).

Para los contratos pendientes de ejecución el día 31 de diciembre de 1985, se dispone el incremento del precio a satisfacer al contratista, con la inclusión del I.V.A. correspondiente a la operación gravada y deduciendo del precio de adjudicación el Impuesto sobre el Tráfico de Empresas y su recargo.

3. Derechos reales

7. CANARIAS. Medidas urbanísticas urgentes.

Ley del Parlamento Canario de 29 de julio de 1985 ("B. O. E." del 18 de octubre).

Mediante esta Ley se sujetan a licencia urbanística determinadas actuaciones, además de las previstas en el art. 178 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, como las segregaciones y divisiones de fincas rústicas y los actos de edificación en zonas de servicio de puertos, aeropuertos y estaciones de autobuses.

También se dispone la suspensión cautelar de los actos de uso del suelo y edificación en caso de iniciación de expediente con arreglo a la

Ley de espacios naturales protegidos o cuando se decrete expresamente por el Gobierno de Canarias.

8. GALICIA. Adaptación de la Ley del Suelo.

Ley del Parlamento gallego 11/1985, de 22 de agosto ("B. O. E." de 26 de octubre).

La Ley aproxima a las características de urbanización de Galicia y a la organización de su Comunidad Autónoma los preceptos de la Ley del Suelo. Las alteraciones afectan prácticamente a la totalidad de ésta, extendiéndose a las modalidades y régimen del planeamiento, las normas de aplicación directa, el régimen urbanístico del suelo y el régimen de licencias.

9. GALICIA. Régimen de la concentración parcelaria.

Ley del Parlamento Gallego 10/1985, de 14 de agosto ("B. O. E." del 16 de noviembre).

La concentración parcelaria se regula como un procedimiento administrativo destinado a eliminar el fraccionamiento de la propiedad rústica mediante la agrupación de las parcelas y, en general, la reorganización de las propiedades.

La Ley determina los órganos competentes y los trámites del procedimiento. Realizada la concentración, queda limitada la posibilidad de dividir las fincas en forma distinta a las previstas en la Ley o cuando dé lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo.

Durante el procedimiento, no cabrá ejercitar, respecto a fincas incluidas, derechos de adquisición preferente concedidos por la Ley para evitar enclaves o la dispersión de las fincas.

Se reconoce la aplicación preferente del Derecho estatal en materia Civil no foral, Procesal, Hipotecaria, Notarial y Registral. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 13 de enero de 1973 se aplicará supletoriamente.

10. CASTILLA - LA MANCHA. Régimen del patrimonio de la Comunidad.

Ley de las Cortes de Castilla - La Mancha de 13 de noviembre de 1985 ("B. O. E." del 18 de diciembre).

Siguiendo el precedente de otras Comunidades Autónomas, la de Castilla - La Mancha establece el régimen de sus bienes y derechos.

La Ley clasifica los bienes de la Comunidad, distinguiendo los de dominio público y los patrimoniales. Respecto de los primeros se regulan especialmente los actos de afectación y mutación de destino y su régimen de utilización.

En relación con los bienes patrimoniales se trasladan los criterios fundamentales plasmados en la Ley del Patrimonio del Estado. La acep-

tación de herencias por la Comunidad se entenderá hecha a beneficio de inventario, siendo menester Decreto del Consejo de Gobierno.

4. Derecho de familia

11. MATRIMONIO CIVIL. Lugar de celebración.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 28 de noviembre de 1985 ("B. O. E." del 4 de diciembre).

Con el fin de que se reúnan siempre las condiciones adecuadas a la solemnidad del acto, se prevé la celebración del matrimonio en los locales del Ayuntamiento habilitados especialmente a estos efectos, tanto cuando el mismo se autorice por el Alcalde como cuando lo haga el Juez encargado del Registro Civil.

5. Derecho de sucesiones

12. TESTAMENTOS. Ratificación del Convenio sobre establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos.

Instrumento de 3 de junio de 1985 ("B. O. E." del 5 de octubre).

El Convenio de Basilea, de 16 de mayo de 1972, que ahora se ratifica, establece la obligación de los Estados contratantes de establecer un sistema de inscripción de testamentos, con el fin de facilitar su conocimiento. Se consideran sujetos a inscripción los testamentos autorizados por persona habilitada según la Ley de cada Estado, los depositados en poder de las mismas y los testamentos ológrafos entregados a personas habilitadas, aunque sin la extensión de acta oficial de depósito. También se inscribirán las revocaciones, modificaciones o retirada de los testamentos inscritos.

El testador podrá solicitar expresamente la inscripción del testamento en los Estados contratantes distintos al del lugar de otorgamiento.

En España, el Registro General de Actos de Ultima Voluntad, del Ministerio de Justicia, cumple las funciones de inscripción reguladas en el presente Convenio.

II. DERECHO REGISTRAL

13. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Organización de su Registro especial.

Real Decreto 2.235/1985, de 9 de octubre ("B. O. E." del 29 de noviembre).

Se crea el Registro especial, previsto en la Ley 83/1980, de 31 de diciembre (art. 24), que se llevará en cada Comunidad Autónoma, reco-

giéndose los contratos de arrendamiento de fincas rústicas que radiquen en su territorio.

En el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se llevará un Archivo Central.

La inscripción será voluntaria, aunque la Administración podrá exigirla como requisito para la concesión de ayudas.

El Registro se organiza mediante el archivo de ejemplares de los contratos y control con libros auxiliares. El libro de registro de contratos expresará los elementos del contrato inscrito, así como sus modificaciones.

El Registro será público y gratuito, correspondiendo desarrollar su régimen y organización a las Comunidades Autónomas.

III. DERECHO MERCANTIL

14. SOCIEDADES DE SEGUROS. Procedimiento especial de liquidación intervenida.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1985 ("B. O. E." del 1 de octubre).

Se regula un procedimiento de liquidación utilizable cuando las entidades en situación de liquidación intervenida lo soliciten de la Dirección General de Seguros y siempre que no se dé insolvencia patrimonial.

Elemento básico del procedimiento es el plan de liquidación, que los liquidadores deberán presentar a la citada Dirección General, en el que se especifiquen los gastos corrientes y los extraordinarios a efectuar.

Este procedimiento se inserta en el régimen general establecido para estas entidades por el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado (aprobado por el Real Decreto 1.348/1985, de 1 de agosto, véase su reseña en este "Anuario", XXXVIII - IV, disposición núm. 17 de la Información legislativa), y no será aplicable cuando actúe la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

15. AGENTES MEDIADORES. Aranceles de las Juntas Sindicales de Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de septiembre de 1985 ("B. O. E." del 2 de octubre).

El Arancel aprobado sistematiza y actualiza el régimen de las distintas operaciones en que intervienen las Juntas Sindicales, distinguiendo:

1. Admisión a cotización o contratación en Bolsa o Bolsín oficial.
2. Derechos por la permanencia en la cotización oficial.
3. Operaciones de suscripción de emisiones de renta fija y variable.
4. Canjes y conversiones de títulos.
5. Derechos por liquidación de operaciones sobre títulos-valores ad-

mitidos a cotización oficial a través de los servicios de liquidación y compensación bursátiles.

6. Derechos de expedición de certificaciones.

7. Derechos por exclusión de valores del sistema de liquidación o compensación de operaciones de Boisa.

En las operaciones de turno oficial se percibirán los mismos derechos.

El Preámbulo de la Orden se refiere a una próxima reforma del Arancel de Agentes y Corredores, en sustitución del vigente de 1950.

16. ACTIVOS FINANCIEROS. Régimen fiscal.

Real Decreto 2.027/1985, de 23 de octubre ("B. O. E." del 31).

Se desarrolla el régimen fiscal establecido por la Ley 14/1985, de 29 de mayo (reseñado en este "Anuario", XXXVIII - III, disposición núm. 17 de la Información legislativa), cuyos preceptos se sistematizan y completan.

El Real Decreto distingue:

1) Rendimientos explícitos, es decir, los intereses o retribuciones pactadas expresamente como contraprestación a la utilización o captación de recursos ajenos. Quienes los satisfagan deberán retener e ingresar a la Hacienda Pública el 18 por 100 de su importe.

Los rendimientos se integrarán en la base imponible de los Impuestos sobre la Renta de su perceptor y las retenciones tendrán la consideración de pagos a cuenta de los mismos.

2) Rendimientos implícitos, generados por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión, colocación o endoso y el comprometido a reembolsar al vencimiento.

Se consideran incluidos en este grupo los instrumentos de giro, incluso los originados en operaciones comerciales, a partir del momento en que se endose o transmita, salvo que el endoso o cesión se haga como pago de un crédito de proveedores o suministradores. En este caso, ya el primer endoso o cesión deberá hacerse a través de fedatario público o Entidad financiera y, a su vencimiento, la presentación al cobro deberá hacerse mediante fedatario o institución financiera.

El emisor, la entidad financiera o el fedatario que intervengan habrán de practicar la retención procedente (18 por 100 del rendimiento).

Para realizar la transmisión, reembolso o amortización de estos activos, deberá acreditarse la previa adquisición por suscripción o a través de entidad financiera o fedatario, mediante certificación que reúna los requisitos que se establecen.

Los rendimientos se integrarán en las bases impositivas de los Impuestos sobre la Renta y las retenciones practicadas tendrán la consideración de pagos a cuenta.

3) Régimen excepcional de los rendimientos implícitos sujetos a retención en la emisión. En estos casos los rendimientos sólo se integran en la base del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para de-

terminar el tipo medio de gravamen, aunque sí serán integrados en la base del Impuesto de Sociedades. Las retenciones, del 45 por 100, no serán deducibles.

El Decreto desarrolla las obligaciones de información de las entidades y personas que intervienen en las operaciones financieras, distinguiendo:

a) Obligaciones de los retenedores, que se concretan en la declaración e ingreso trimestral de las cantidades retenidas y la presentación de un resumen anual.

b) Información de transmisiones de valores, que deben suministrar los fedatarios y entidades que intervengan en ellas, mediante una relación anual de compradores y vendedores.

c) Colaboración de las instituciones de crédito. Se desarrolla el procedimiento a seguir para los requerimientos de información dirigidos a las Entidades bancarias o crediticias, previstos en el art. 111 de la Ley General Tributaria.

Finalmente, ciertas operaciones y títulos, principalmente realizadas por organismos públicos y, destacadamente, los Pagarés del Tesoro están excluidos de retención y de las obligaciones de información mencionadas.

Tal como se indicó respecto a la Ley de 29 de mayo de 1985, vuelve a observarse la incidencia de las normas fiscales en el régimen de los títulos-valores. Cuando éstos revisten la condición de activos financieros, su circulación y amortización, sometidas a requisitos y formalidades especiales, difieren de la que les correspondería según su ley de emisión. Se completa así la alteración del régimen jurídico-privado de dichos títulos, iniciada por el Decreto de 19 de septiembre de 1936.

17. INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. Se desarrollan ciertos aspectos de su Reglamento.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 15 de octubre de 1985 ("B. O. E." del 2 de noviembre).

La presente Orden determina los límites que las distintas entidades han de respetar en su actividad, dentro de las previsiones de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre y del Real Decreto 1.346/1985, de 17 de julio (reseñados en este "Anuario", XXXVIII - I y XXXVIII - IV, disposiciones núm. 8 y 15, respectivamente, de sus Informaciones legislativas).

Concretamente, se establecen límites de composición de las carteras, criterios de valoración, según las inversiones, cuantía mínima de las participaciones, dotación de previsiones por insolvencia e inscripción de Auditores, de Sociedades Gestoras de Patrimonios y de Instituciones de Inversión Colectiva en los Registros especiales.

18. INTERMEDIARIOS FINANCIEROS. Coeficiente de inversión.

Real Decreto 2.254/1985, de 20 de noviembre ("B. O. E." del 3 de diciembre).

Se desarrolla el título I de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (reseñada en este "Anuario", XXXVIII - III, disposición núm. 16 de la Informa-

ción legislativa), determinándose los activos aptos para materializar el coeficiente la inversión y el montante de éste, en sus distintos tramos.

El nuevo régimen entró en vigor el 1 de enero de 1986.

19. LETRA DE CAMBIO. Utilización provisional de efectos timbrados.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de diciembre de 1985 ("B. O. E." del 21).

Se autoriza el empleo de los efectos timbrados actualmente en circulación para la extensión de letras de cambio a partir de 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque (reseñada en este "Anuario", XXXVIII - IV, disposición núm. 13 de la Información legislativa).

Las cláusulas especiales que permite utilizar la nueva Ley (prohibición de endoso, intereses, entrega al pagador, protesto) se harán constar en el mismo efecto o en el suplemento que se habilite especialmente para ello.

IV. DERECHO PROCESAL

20. JUSTICIA GRATUITA. Tramitación de solicitudes de asistencia jurídica gratuita.

Instrumento de 14 de noviembre de 1985, de ratificación del Acuerdo Europeo de 27 de enero de 1977 ("B. O. E." del 21 de diciembre).

El Convenio trata de facilitar la tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica en materia civil, mercantil o administrativa, dirigidas a Estados miembros del Consejo de Europa a través del Estado de la residencia.

V. OTRAS DISPOSICIONES

21. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Reglamento.

Real Decreto 2.028/1985, de 30 de octubre ("B. O. E." del 31).

Se desarrolla la regulación del Impuesto, contenida en la Ley 30/1985, de 2 de agosto (reseñada en este "Anuario", XXXVIII - IV, disposición núm. 27 de la Información legislativa) en vigor desde 1 de enero de 1986.

Merecen destacarse las regulaciones de los siguientes aspectos:

- Régimen de las deducciones.
- Devoluciones.
- Determinación de los sectores incluidos en el régimen simplificado.
- Concepto de explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o pesqueras.

— Supuestos de aplicación del régimen especial para el comercio minorista y del recargo de equivalencia.

— Obligaciones formales de los sujetos pasivos.

— Régimen transitorio, referente a la deducción de las cantidades satisfechas por razón de los impuestos sustituidos por el I.V.A.

22. TABACOS. Modificación del régimen del Monopolio.

Ley 38/1985, de 22 de noviembre ("B. O. E." del 29).

Con el fin de adaptar el Monopolio de Tabacos a las exigencias del Tratado constitutivo de la C.E.E. y de adecuar su régimen fiscal al nuevo Impuesto sobre el Valor Añadido, esta Ley establece las siguientes reglas:

- 1) Se suprime la Renta de Tabacos.
- 2) Se mantiene el Monopolio de fabricación, importación y distribución de tabacos no comunitarios.
- 3) Se liberaliza la importación y comercio mayorista del tabaco de procedencia comunitaria y
- 4) Se mantiene el monopolio en la venta al por menor.

Las modificaciones en la actuación de Tabacalera, S. A. que el nuevo régimen supone, hacen que se establezcan normas específicas para facilitar la acomodación de su estructura y organización a las nuevas necesidades.

Así, se concede una amplia exención tributaria a todas las operaciones y transmisiones que se produzcan entre el Estado y Tabacalera, S. A., reduciéndose al 10 por 100 los honorarios de Notarios, Registradores o Fedatarios mercantiles que intervengan en ellas.

Además, a efectos de acordar la modificación de los Estatutos sociales se excluye el quorum de accionistas que la Ley de Sociedades Anónimas requiere para la segunda convocatoria de la Junta General.

Esta Ley entró en vigor el 1 de enero de 1986.

23. CODIGO PENAL MILITAR. Aprobación.

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre ("B. O. E." del 11).

En sustitución de la parte penal del Código de Justicia Militar, se aprueba un nuevo texto, compuesto de 197 arts. que se distribuyen en dos libros: Disposiciones generales y De los delitos en particular.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado se proclama de la siguiente forma: "El Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en la sentencia" (art. 48).

No se resuelven, por tanto, los problemas que entraña este régimen en relación con el general de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

Este nuevo Código impone una reforma parcial del Código Penal (delitos relativos a la defensa nacional) y del régimen de la objeción de conciencia, que se realiza por la Ley Orgánica 14/1985, de la misma fecha.

24. ADUANAS. Se aprueba una nueva estructura del Arancel.

El Arancel de Aduanas, que ha sido objeto desde 1971 de numerosas modificaciones, se reestructura con vistas al ingreso en la C.E.E. También se suprimen los derechos transitorios de exportación.

El nuevo régimen entró en vigor el 1 de enero de 1986.

25. PETROLEOS. Modificación del régimen del Monopolio.

Real Decreto-ley 5/1985, de 12 de diciembre ("B. O. E." del 13).

La entrada en la C.E.E. obliga a un reajuste del ámbito del Monopolio de Petróleos, aunque se mantenga su existencia.

Subsiste el monopolio, gestionado por CAMPSA, de la distribución y venta de gasolinas, gasóleos y gases licuados del petróleo producidos por las refinerías españolas. Los productos originarios de la C.E.E. podrán ser distribuidos y comercializados libremente en las condiciones establecidas por el Acta de Adhesión. También se mantiene el monopolio para la importación de productos petrolíferos de procedencia exterior a la C.E.E., salvo algunas excepciones.

El régimen de distribución de los aceites y gases del petróleo de procedencia comunitaria se desarrollará reglamentariamente.

Las concesiones de venta de productos monopolizados mantendrán su eficacia, pudiendo el Estado adquirir las instalaciones en caso de renuncia del concesionario.

Durante el período transitorio previsto en el Acta de Adhesión, CAMPSA comercializará los contingentes procedentes de la Comunidad.

26. IMPUESTOS INDIRECTOS. Régimen en Canarias, Ceuta y Melilla.

Real Decreto-Ley 6/1985, de 18 de diciembre ("B. O. E." del 23).

Canarias, Ceuta y Melilla, territorios excluidos de la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido, se declaran sujetos al Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, al Impuesto sobre el lujo y a los restantes conceptos tributarios que aquél ha sustituido en el resto del país. Se mantienen, no obstante, las normas que configuran el especial régimen fiscal de estos territorios.

27. IMPUESTOS ESPECIALES. Ley reguladora.

Ley 45/1985, de 23 de diciembre ("B. O. E." del 24).

Se regulan nuevamente estas figuras impositivas adaptándolas al régimen exigido por la C.E.E. (se trata de las denominadas accisas).

Integran ahora esta categoría los Impuestos sobre:

- Alcohol y bebidas derivadas.
- Cerveza.
- Hidrocarburos.
- Labores del tabaco.

Queda derogada la prohibición de uso de gasóleo B en embarcaciones de recreo, previéndose un régimen de devolución o compensación aplicable a los agricultores y pescadores.

28. PRESUPUESTOS DEL ESTADO. Los aprueba para 1986.

Ley 46/1985, de 27 de diciembre ("B. O. E." del 28).

Como viene siendo habitual, la Ley de Presupuestos no sólo aprueba el plan financiero del Estado, sino que innova aspectos diversos del ordenamiento. Las materias afectadas son:

1) Régimen de la Deuda Pública: Se prevé la posible emisión de Deuda del Estado, además de la del Tesoro, por razones de política monetaria, así como su representación en títulos-valores u otro documento, anotación o cuenta.

2) Impuestos: Reciben prórroga ciertas normas de los Impuestos sobre la Renta que vienen acarreándose de Presupuestos anteriores, así como la actualización de los valores catastrales.

También se seguirá aplicando el tipo del 6 por 100 en las transmisiones de bienes inmuebles.

Para facilitar la entrada en vigor del I.V.A., se habilita un régimen transitorio de consultas vinculantes durante los seis primeros meses del año. Estas consultas sólo podrán formularse por organizaciones o entidades económicas o corporativas.

Debe recordarse que el régimen general de las consultas vinculantes desapareció con la reforma del art. 107 de la Ley General Tributaria por la Ley 10/1985, de 26 de abril.

3) Contratos del Estado: Se retocan algunos límites cuantitativos de su texto, facilitándose la tramitación de los expedientes.

4) Departamentos ministeriales: El Presidente del Gobierno queda autorizado, a partir de las próximas elecciones generales, para variar su número, organización y competencias. Tales alteraciones, según la Ley 10/1983, de 16 de agosto, habían de hacerse por Ley.

5) Interés legal: Se establece en el 10,50 por 100 (disp. adic. 12.º).

6) Entidades aseguradoras: Se dictan normas que flexibilizan su actuación.

Las disposiciones adicionales de esta Ley, que ya llegan a 50, se han convertido en el acomodo de cuantas reformas puntuales deben realizarse en normas con rango de Ley, abarcando materias de gran disparidad. Obviamente este proceder, facilitado por la tramitación especial de la Ley presupuestaria, carece de fundamento técnico y es una corruptela.

29. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. Reforma parcial de su regulación.

Ley 48/1985, de 27 de diciembre ("B. O. E." del 30).

Prácticamente todos los elementos del Impuesto resultan afectados por esta reforma, sin duda la más completa que ha sufrido la ley reguladora de 1978.

Los principales puntos modificados son:

1) Régimen de transparencia fiscal: Se suprime la llamada transparencia voluntaria.

2) Rendimientos netos: En general, respecto a cada una de las fuentes de rentas sujetas al Impuesto, se limitan notablemente los conceptos de gasto a deducir. Además se suprime el régimen especial que se dispensaba a las viviendas desocupadas. Se ha aprovechado para insertar los principios de la Ley sobre régimen fiscal de algunos Activos Financieros (de 29 de mayo de 1985) en la tributación de los rendimientos del capital mobiliario.

3) Incrementos y disminuciones de patrimonio: A este régimen se refieren las principales modificaciones, pues, además de una revisión general del art. 20 de la Ley, se determina la compensación exclusiva de las disminuciones patrimoniales con los incrementos; sin que sea posible ya su compensación con los distintos rendimientos netos sujetos.

Se excluye la tributación de las plusvalías en caso de transmisión "mortis causa" en favor de miembros de la misma unidad familiar que el causante.

4) Tarifa del Impuesto: Es objeto de reducción, sobre todo en sus escalones inferiores, fijándose un tipo mínimo del 8 por 100, lo cual reduce la tributación de las plusvalías manifestadas con ocasión de transmisiones lucrativas.

5) Deducciones: Se actualizan las cantidades de las deducciones fijas y se integran en la Ley los regímenes especiales introducidos por el Real Decreto-ley de política económica, de 30 de abril de 1985, y por la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985. Pero la novedad principal es la deducción aplicable a las unidades familiares con más de un preceptor de rendimientos del trabajo personal dependiente; con ella se atenúa el efecto de la tarifa progresiva en caso de que trabajen varios miembros de la familia.

6) Corrección monetaria de variaciones patrimoniales: Los índices y procedimiento aplicables son equivalentes a los de años anteriores.

Además, la Ley introduce dos retoques en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, con el fin de acomodarla a la de Renta en relación con las valoraciones de elementos patrimoniales y régimen de transparencia.

La disposición adicional retoca también la Ley reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La entrada en vigor de las nuevas normas tiene ciertos problemas:

1) La nueva tarifa y la deducción por trabajo de varios familiares se aplicarán con efectos 1 de enero de 1985, dado que benefician a los contribuyentes.

2) El nuevo régimen de los incrementos y disminuciones de patrimonio se aplicará desde el 2 de octubre de 1985, fecha de publicación del Proyecto de Ley en el "Boletín Oficial del Congreso"; lo cual supone una eficacia retroactiva de dudosa constitucionalidad (art. 9, p. 3 de la Constitución).

3) Las restantes normas se aplicarán a los ejercicios que se inicien desde el 1 de enero de 1986.

30. PAIS VASCO. Adaptación del Concierto económico.

Ley 49/1985, de 27 de diciembre ("B. O. E." del 30).

El establecimiento del Impuesto sobre el Valor Añadido afecta notablemente a las bases del Concierto económico de 13 de mayo de 1981, por lo que resulta obligada su adaptación. Esta se realiza incluyendo dicho Impuesto en el Concierto, con determinación de los puntos de conexión y su régimen de gestión.

También es objeto de ajuste el mecanismo para la determinación del Cupo a satisfacer por la Comunidad Autónoma.

31. DEBERES TRIBUTARIOS. Se regula la expedición de facturas por empresarios y profesionales.

Real Decreto 2.402/1985, de 18 de diciembre ("B. O. E." del 30).

Los empresarios y profesionales quedan obligados a expedir y entregar facturas de cuantas operaciones realicen y a conservar su copia o matriz, incluso en los casos de autoconsumo.

Sólo se exceptúan de esta obligación los siguientes casos:

- 1) Sujetos pasivos del I.V.A. sometidos al recargo de equivalencia.
- 2) Operaciones exentas del I.V.A.
- 3) Utilización de autopistas de peaje, y
- 4) Casos autorizados por el Centro de Gestión y Cooperación Tributaria.

El Decreto precisa los requisitos que deben reunir las facturas, según las operaciones que contengan, su cuantía y los destinatarios.

Las controversias que se susciten en relación con las facturas, cuando se funden en hechos o cuestiones de derecho de naturaleza tributaria, se ventilarán a través de reclamaciones económico-administrativas, con lo que se amplía, aún más, este campo de la actividad arbitral de la Administración.

La obligación de conservar las copias o matrices de las facturas expedidas se extiende durante el tiempo de prescripción.

El presente Real Decreto entró en vigor el día 1 de enero de 1986.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CAMARERO SUAREZ, María Concepción: "La convalidación del matrimonio civil en la perspectiva de la Ley de 7 de julio de 1981", Madrid, 1984. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 316 págs.

Estamos ante un excelente estudio monográfico que abarca un completísimo desarrollo histórico desde el Derecho romano, pasando por el Derecho canónico hasta llegar al Derecho civil en su particular estudio de la convalidación o sanación matrimonial.

El rigor científico con que viene realizada esta obra, se aprecia en sus cuatro amplios capítulos. Así, el primero, plantea los orígenes históricos refiriéndose a los precedentes romanos, canónicos y civiles.

En el capítulo segundo se lleva a cabo la delimitación de las figuras sanatorias del Código civil en relación al matrimonio, con especial atención al encuadramiento de los artículos 75 y 76 del Código civil español, destacándose la postura original de la autora.

En el capítulo tercero se examinan las distintas figuras sanatorias del matrimonio, particularizándose los supuestos de convalidación, el origen del artículo 75, párrafo 2.^o del Código civil y del artículo 76, párrafo 2.^o, con las innovaciones introducidas por la reforma de 7 de julio de 1981, y, el valor de las manifestaciones expresas y tácitas de la voluntad en la convalidación del matrimonio. Además se perfilan los supuestos de sanación en la raíz, en los ordenamientos civiles extranjeros como en el Derecho civil español y particularmente los supuestos de sanación por conciliación y "post-mortem". También, se presentan las figuras afines con la ratificación en el matrimonio en los casos de matrimonios por representación y por poder, así como relevancia de la buena fe en los supuestos de matrimonio con defectos de forma.

Por último, el capítulo cuarto, que analiza el Derecho comparado y español sobre los elementos comunes a las distintas figuras sanatorias, donde adquiere el máximo relieve la necesidad de la perseverancia del consentimiento matrimonial, la naturaleza jurídica de dicha perseverancia, para concluir respecto a los hechos en que se funda esta presunción de perseverancia del consentimiento matrimonial.

La ilustre autora presenta sus conclusiones y ofrece el rico bagaje de fuentes y bibliografía consultadas. Una objetiva y fructífera aportación al tema es esta magnífica obra monográfica.

JOSE BONET CORREA

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; DELGADO ECHEVARRIA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F.: "Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Vol. I, Parte General. Delito y cuasidelito", segunda edición. Madrid, 1985, Librería Bosch. Un volumen de 618 págs.

Todos los ilustres civilistas que intervienen en esta obra, se puede decir que forman ya escuela, bajo la égida de un gran maestro como es el profesor Lacruz Berdejo, quien con esta nueva edición de sus "Elementos de Derecho civil" realiza una tarea fundamental y actualizada en torno a las nuevas aportaciones legislativas y jurisprudenciales.

La obra alcanza una parte bien definida del tratamiento general de las obligaciones que se sistematiza en dos grandes secciones. una primera parte general y una segunda que abarca la responsabilidad por delito y cuasidelito.

Dentro de la parte general de la sección primera, se distribuyen once capítulos, donde se abordan la obligación y el derecho de obligaciones (la relación jurídico-obligacional), el vínculo obligacional (naturaleza y esencia del vínculo, obligaciones naturales), los sujetos de la obligación (determinación de sujetos, pluralidad de sujetos, obligaciones mancomunadas y solidarias), el objeto de la obligación (la prestación, obligaciones genéricas, alternativas y facultades, indivisibles, pecuniarias, prestación de intereses), las fuentes de las obligaciones (el elenco de fuentes, la voluntad unilateral), el cumplimiento de la obligación (el pago, circunstancias y destino, subrogados del cumplimiento), el incumplimiento de la obligación (cumplimiento forzoso y por equivalente, culpa contractual, caso fortuito y fuerza mayor, mora del deudor y del acreedor, imposibilidad sobrevenida y prestación del equivalente; resolución de las obligaciones sinalagmáticas por incumplimiento y resarcimiento de daños), transmisión de créditos (la subrogación por pago), protección del crédito (la acción subrogatoria, la revocatoria o pauliana, las arras, la facultad de retención posesoria, la pena convencional, concurrencia y concurso de acreedores (los privilegios, la ejecución), extinción y modificación de las obligaciones (la compensación, la confusión, la condonación, la novación en general y modificaciones objetivas, novación por cambio de deudor, la asunción de deuda y la delegación).

La sección segunda la abarca el planteamiento del Código civil en cuanto a la responsabilidad por delito y cuasidelito (la evolución de la normativa y de las ideas, responsabilidad penal y civil), el régimen de la responsabilidad por hecho propio (presupuestos de la responsabilidad, el hecho imputado) culpa y dolo, presupuestos de la obligación de reparar; el daño, presupuestos de la responsabilidad: el nexo causal, interferencias en la relación de causalidad, la reparación del daño, la prevención de la responsabilidad y la acción de responsabilidad), la responsabilidad por hecho no propio (responsabilidad por hecho ajeno, daños causados por los animales y las cosas) y, por último, la regulación específica de ciertos casos de responsabilidad (la responsabilidad civil de la Administración y otros regímenes especiales de responsabilidad (accidentes de

trabajo, automóviles, navegación aérea, daños nucleares y ley de caza).

En definitiva, estamos ante una magnífica obra, bien elaborada, constructiva y prudente en cuanto a su tarea conceptual e interpretativa, por lo que felicitamos a sus autores.

JOSE BONET CORREA

GARCIA Y GARCIA, Antonio: "Iglesia, Sociedad y Derecho", Salamanca, 1985. Universidad Pontificia de Salamanca y Biblioteca de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca. Un volumen de 484 págs.

El profesor Antonio García y García es uno de los grandes investigadores de la historia del Derecho canónico y civil español, cuyas abundantes contribuciones son universalmente conocidas. Desde su cátedra de Salamanca nos ofrece ahora reunidos en este volumen una selección de estudios monográficos que son clave para un mejor conocimiento de la Edad Media, en la que ha profundizado magistralmente sobre sus principales juristas y textos legales.

La primera parte de la obra contiene trabajos sobre el Derecho común medieval, como son los referentes a la canonística portuguesa de la época, la evolución del Derecho canónico visigótico al Derecho común medieval, el "studium bononiense" y la Península Ibérica y en torno al Derecho romano en la España medieval.

En cuanto a los canonistas y civilistas pone de relieve el valor y la proyección histórica de la obra jurídica de San Raimundo de Peñafort, el alcance de la canonística portuguesa medieval en España, la labor del decretista Fernando Alvarez de Albornoz y la fundación del Colegio de España de Bolonia, las nuevas obras de Clemente Sánchez, Arcediano de Valderas.

La Escuela de Salamanca tiene su tratamiento específico, con su colección de Decretales, el "Candelabrum iuris", sobre el origen y circulación de los Códices jurídicos en Salamanca hasta 1500, los canonistas de la Universidad de Salamanca en los siglos XIV y XV (Juan Alfonso de Benavente, Juan de Castilla, Diego Gómez de Zamora, Juan González, Petrus Juannis y Gonzalo García de Villadiego), para concluir acerca de los nuevos descubrimientos sobre la canonística salmantina del siglo XV.

Dentro de un ámbito más amplio de los Derechos españoles, este ilustre investigador trata de la tradición manuscrita de las Siete Partidas, del jurista catalán Guillem de Vallseca y sus obras, de las anotaciones de Elio de Nebrija a las Pandectas, para concluir con una visión del Derecho histórico y el Derecho moderno en España.

La transición al mundo moderno viene presidida por la actuación de España en las Indias, donde se parte del pensamiento medieval para llegar a nuevas soluciones, como se advierte por sus tratamientos acerca de la ética de la conquista de América en el pensamiento español anterior a 1534, la interpretación de los concilios y sínodos (alto medievales, bajo

medievales, modernos y americanos), sobre la promoción humana del indio en los concilios y sinodos del siglo XVI, la aportación franciscana a las fuentes del Derecho indiano (juntas apostólicas, concilios y sínodos), y los orígenes de praxis e instituciones indias.

Este magnífico volumen se cierra con varios índices, el de manuscritos, el onomástico y el temático, para concluir con el sistemático.

JOSE BONET CORREA

FESTSCHRIFT für KARL LARENZ ZUM 80 Geburtstag. Beck. Munich, 1983

La presentación de Larenz es innecesaria, resaltar sus méritos parece fácil, recordar sus obras mayores es lo menos que podemos hacer: su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, su *Parte General del D. Civil*, su *Schuldrecht* y su última obra mayor, su *Derecho Justo* de 1979, traducido al español recientemente por L. D. Picazo. A partir de estas obras, no ocultando en absoluto su veneración por el Maestro, y con sus propios méritos, los treinta y dos articulistas nos han dejado una obra que, lejos de ser de circunstancias, constituyen una «summa» concisa y muy práctica, sobre el actual estado de la doctrina alemana y sus principales preocupaciones: metodología jurídica, responsabilidad civil, interpretación de la norma; la crisis del derecho de obligaciones, constituyen las grandes líneas maestras de esta obra —homenaje que merece ser a su vez homenajeada por nosotros.

En materia de responsabilidad civil, encabeza el artículo del coordinador de la obra, Canaris. Además de examinar una vez más los elementos básicos y diferenciadores de la responsabilidad civil, repara en la función y supuestos de la Ley protectora (*Schutzgesetz*) y de los deberes del tráfico y nos propone la infracción de los deberes impuestos por la norma protectora como tercer género entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Podemos detectar las inquietudes de la doctrina más significativas: 1) la revisión de los conceptos de causalidad, ilicitud y responsabilidad (Rother); 2) la confusión entre Negligencia e Ilicitud en la actualidad debido a la objetivación progresiva de la primera y a la consideración de la segunda como elemento integrante de la infracción de un deber de cuidado (Stathopoulos) y 3) la responsabilidad por daños originados por medicamentos, a propósito de la cual se ha ido evolucionando de determinar una responsabilidad por riesgo o por culpa hacia una responsabilidad del Estado, entre otras razones, por incumplimiento de sus deberes de inspección (Diederischen). El actual estado del Derecho griego de responsabilidad civil cierra esta área de trabajo.

Otro campo recurrente es el Derecho de Obligaciones. También en la doctrina alemana se considera al Mercantil como un derecho más ágil que el civil y aunque no deja de someterse a crítica el nuevo derecho cambiario, Volkammer se pregunta si no sirve de ejemplo la nueva Ley para una reforma del derecho de obligaciones, hasta dónde llega la Ley de Ventas a Plazos. Los acuerdos mayoritarios de cambio del objeto de las sociedades o el cese del objeto del negocio crean problemas de seguridad jurídica a las minorías

(Leenen) y de interpretación del propio contrato (Hilger). El asegurador privado aparece no ya sólo como agente de la comunidad de riesgos sino también como factor de optimización de la sociedad en tanto sus intereses discurren paralelos a la minimización de los riesgos (Prölss). El standard como conjunto de líneas jurídicas hacia las cuales deben orientarse los problemas jurídicos, sin aislarlos en ningún momento de la realidad concreta se nos presenta en sus manifestaciones típicas de ineeficacia, de mejora y de racionalización (Kitagawa). La reaparición de la «laessio enormis», la licitud de las disposiciones en favor de tercero son problemas abiertos que no se cierran, de la misma forma que las relaciones obligatorias afectadas por derechos reales (Verdignichtes) siguen abandonadas por la doctrina que, probablemente, los considera un problema conceptual sin solución.

Parafraseando la última obra de Larenz, se somete a nuestra consideración la viabilidad de un Derecho Justo de Familia, aplicando específicamente a este campo no sólo la justicia como escala gradual, sino los principios ético-jurídicos, la paz del derecho, la igualdad, la protección de los débiles y analizando el sentido que en el ámbito familiar tienen principios como el de confianza, intereses contrapuestos, independencia, etc.

La obra, inagotable, está completada por una docena larga de artículos dedicados a una suerte de filosofía del derecho positivo y metodología jurídica en general. La aplicación del derecho sigue siendo una preocupación viva en el Derecho alemán. Entre la tópica, el estructuralismo como método de análisis de la norma, la fijación del sentido gramatical de la norma no es tan evidente como podría parecer. Los distintos sentidos de Praxis, la equivalencia entre compleción judicial de la norma e interpretación, la subordinación de aquélla a la Constitución y la distinción entre interpretación conforme, que expresa la jerarquía de las fuentes del Derecho, e interpretación partidaria (freundlich) que expresa la unidad del ordenamiento jurídico, serían temas recurrentes, analizados y desmenuzados que compondrían la problemática interna de la aplicación del Derecho. Aparentemente desde fuera, pero ligado a ello, comprender la misión del pensamiento jurídico (Bidlinsky), la dignidad de magistrado ya subrayada hace más de un siglo por Feuerbach (Kaufmann) nos ayudan a construir una teoría de la aplicación del Derecho más completa. Y aunque parezca irónico, el muy serio artículo de Jorgensen nos recuerda los intentos de Larenz por enlazar positivismo y fenomenología y cómo la descripción del supuesto de hecho es tan importante como la interpretación de la norma, ambos sometidos a valoración. Por su parte, la antigua desconexión entre jurista y números (*iudex non calculat*) no tiene ya sentido en una sociedad industrializada, donde las ciencias ya no se conciben sin el empleo del pensamiento matemático: números, signos, fórmulas, modelos, las teorías de la decisión y de juegos son herramientas necesarias para el jurista y esto no implica un regreso al positivismo o a la jurisprudencia de conceptos.

La división por áreas es nuestra. El hecho es que esta obra homenaje, en la que todo es reseñable y sólo el espacio disponible limita el comentario, practica una concepción del Derecho como un «totum» y no como parcelas incomunicadas que siempre es de agradecer y digna de alabanza.

CONTENIDO DE LA OBRA: Para aquel lector que le pudiera interesar algún artículo, nos hemos permitido traducir el título de cada artículo para mayor conocimiento de su existencia.

BYDLINSKI: El pensamiento jurídico como tarea.—**CANARIS:** Leyes protectoras-Deberes del tráfico-Deberes de protección.—**DEUTSCH:** Daños por medicamentos: responsabilidad por riesgo, por culpa, responsabilidad estatal.—**DIEDERICHSEN:** Derecho Justo de Familia.—**DORIS:** La representación indirecta; función y estructura en el BGB y en derecho comparado.—**GEORGIADES:** Estado actual y desarrollo del Derecho griego de la responsabilidad.—**GOLDNER:** Constitución, integración y lagunas.—**HASSOLD:** Estructura de la interpretación de la norma.—**HILGER:** Interpretación del contrato y desaparición de la base del negocio en el Derecho de sociedades.—**HRUSCHKA:** Conflicto de deberes y concurrencia de deberes.—**JORGENSEN:** ¿Existe la realidad?—**HADUK:** Sobre la admisibilidad de las disposiciones en favor de tercero.—**KAUFMANN:** Feuerbach: «La alta dignidad de la Magistratura».—**KITAGAWA:** El estándar como vía hacia una mejor autonomía de la voluntad.—**KOHLER:** ¿Cálculo abstracto o concreto de la indemnización en dinero del 249.2 del BGB?—**LEENEN:** El principio de seguridad jurídica y los cambios de contrato por acuerdo mayoritario en el Derecho de sociedades.—**MAYER-MALY:** ¿Renacimiento de la «laesio enormis»?—**MEDICUS:** Sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Ventas a plazos.—**MERZ:** Lugar y función del Derecho de Obligaciones en el sistema suizo de derecho privado.—**MOCHAILIS:** El contenido material del interés legítimo en la acción declarativa.—**PROLSS:** El asegurador como agente de la comunidad de riesgos.—**ROTHER:** Los números y el Derecho.—**SCHUMANN:** La interpretación partidaria del derecho material en la ley procesal.—**SELB:** Dogmas y dogmática, historia de los dogmas y de la dogmática en la Ciencia del Derecho.—**SOURLAS:** Metodología jurídica en el campo de tensión Teoría-Praxis.—**STATHOPOULOS:** Relación entre negligencia e ilicitud en Derecho Civil.—**TSATSOS:** Relación entre Justicia y Derecho positivo.—**VOLKOMMER:** El nuevo derecho cambiario: ¿un modelo de reforma para el Derecho de obligaciones?—**WEITNAUER:** Relaciones obligatorias afectadas por derechos reales.—**WESTERMANN:** Sobre el método de la integración judicial del Derecho.—**ZIPPELIUS:** La interpretación como problema de legitimación.

JOSE MIGUEL RODRIGUEZ TAPIA

MASI, Pietro, “Articulazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica”, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1985, 499 páginas.

El objeto fundamental de esta monografía consiste en el análisis de la iniciativa económica y sus diversas articulaciones. A tal efecto Masi parte como premisa de que las categorías jurídicas han de elaborarse en relación con los fenómenos reales, siguiendo el planteamiento metodoló-

gico de Ascarelli. La investigación se cifra en una serie de fenómenos económicos que están presentes en la realidad, pero que no han sido específicamente disciplinados en el Código civil.

La expresión iniciativa económica no es familiar a la doctrina mercantilista, aunque aparezca en la sede más importante de fijación de los criterios inspiradores de la disciplina de la actividad económica, la del artículo 41 de la Constitución italiana. Este precepto constitucional establece la libertad de iniciativa económica y la sujeción de la actividad económica, pública o privada, a programas y controles a fin de dirigirla y coordinarla para el logro de fines sociales, fijando límites y, en concreto, prohibiendo su desarrollo en contra de la utilidad social. Ciertamente, la inexistencia en el Código civil de una reglamentación específica del fenómeno o de sus supuestos más significativos, y la escasa aportación que suministra la legislación especial, induce a buscar los principios inspiradores de la materia en la Constitución. Hay que tener en cuenta el valor central de este texto normativo, en el que los valores y los intereses son tomados en consideración en un cuadro general y orgánico, siendo posible llevar a cabo una adecuación de la legislación ordinaria a los principios constitucionales.

El ámbito de la categoría no aparece individualizado de forma unívoca, por lo que son necesarias algunas indicaciones sobre la relación entre la iniciativa económica y las categorías de Derecho privado. Existe una exigencia de fondo de clarificar los modos y los límites de la recepción por el ordenamiento jurídico de una realidad que se manifiesta a través del concurso de categorías diversas y complejas, que se sitúan en el plano de la actividad económica. Hay que tener presente que la expresión iniciativa económica tiene un alcance más amplio que el de empresa, porque la primera comprende también las hipótesis de ejercicio no profesional de la actividad económica. No son, sin embargo, objeto de específica investigación los problemas de la articulación de la iniciativa pública. Si bien el artículo 41 de la Constitución la tiene en cuenta, los principios que disciplinan el ejercicio de la actividad pública son diversos de los relativos a la actividad privada.

Después de establecer el objeto y la finalidad de la investigación, Masi se refiere en la sección primera a los criterios tipológicos y las articulaciones expresivas de autónoma iniciativa económica. En la sección segunda se lleva a cabo un amplio análisis de la iniciativa económica, examinándose en cuatro capítulos el ejercicio de la actividad económica en la alternativa empresa compleja y pluralidad de empresas; la articulación de la iniciativa y participación de entes asociativos; unidad, pluralidad y conexión de articulaciones no conjuntas. En la sección tercera se precisan los perfiles constructivos. A tal efecto Masi señala cuáles son los modelos de articulación de la iniciativa económica; el poder de articulación de la iniciativa económica y las intervenciones contra los abusos en la articulación.

Esta monografía tiene un notable interés para nosotros, pues en nuestra Constitución también aparece una norma similar a la del artículo 41 de la Constitución italiana. El artículo 38 de nuestra Constitución

reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Masi tiene en cuenta los planteamientos generales de Perlingieri (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino, 1984), así como el de numerosos autores (Galgano, Buonocore...), que destacan el papel de la Constitución en la materia civil y mercantil y, en concreto, la función del artículo 41 de la misma. Además la investigación de Masi se apoya en el análisis de numerosas instituciones jurídicas, conectadas al fenómeno general de la iniciativa económica, propias del Derecho privado. Toda esta labor se acomete desde una perspectiva realista y problemática, destacándose los aspectos económicos y jurídicos del tema.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

MOLANO, Eduardo: "Introducción al estudio del Derecho y del Derecho eclesiástico del Estado". Barcelona, 1984. Bosch, Casa Editorial, S. A. Un volumen de 238 págs.

Dos grandes acontecimientos repercuten en la historia del ordenamiento jurídico español: el Concilio Vaticano II y la promulgación de la Constitución Española de 1978. El primero, que da lugar a los Acuerdos de 1976 y 1979 con la Santa Sede y, el segundo, por la proclamación del pluralismo religioso en nuestro derecho positivo.

Ante la nueva situación, los especialistas tratan de deslindar la finalidad de cada ámbito normativo que, si bien forman ciencias separadas, tienen relaciones mutuas "ratione materia", como expone en este sintético, pero luminoso estudio el ilustre profesor Molano.

La obra está concebida en ocho capítulos, de los cuales los siete primeros se dedican al Derecho canónico y el final al Derecho eclesiástico del Estado.

Así, el primer capítulo comienza con el concepto de Derecho y la Ciencia jurídica, con especial atención al método jurídico. El segundo abarca el ministerio de la Iglesia y el Derecho canónico, con la problemática de las relaciones entre Iglesia y Derecho y el fundamento sacramental del Derecho canónico. El tercero trata el carácter jurídico del Derecho canónico con la respuesta del "Iuspublicum ecclesiasticum" al positivismo jurídico. El cuarto aborda el fundamento del Derecho canónico, con su basamento cristológico, eclesiológico y sacramental. El quinto corresponde al fin del Derecho canónico, la equidad canónica y la "communio ecclesiastica" en cuanto principio y fin del ordenamiento canónico. El sexto, desentraña la naturaleza del Derecho canónico respecto al derecho divino y al derecho humano, la validez y eficacia de las normas canónicas en cuanto a las personas físicas y jurídicas y los bienes jurídicos en el Derecho canónico. El capítulo séptimo recoge una breve historia de la ciencia canónica desde su nacimiento hasta el pasado siglo,

su autonomía científica, objeto y finalidad y su desarrollo científico y jurisprudencial.

Por último, el capítulo octavo presenta el Derecho eclesiástico del Estado, deslindándose ambos ámbitos, al presentar los grandes temas de dicho ordenamiento y su autonomía científica ante un futuro Estado democrático y pluralista, con particular atención al Derecho eclesiástico del Estado español.

Dos índices, uno de autores y otro de materias, concluyen esta conseguida obra.

JOSÉ BONET CORREA

MONTOYA MELGAR, Alfredo y GALIANA MORENO, Jesús M.: "Estatuto de los Trabajadores (reformado). Normas de desarrollo y jurisprudencia". Madrid, 1984. Un volumen de 347 págs.

El texto reformado del "Estatuto de los Trabajadores" y la legislación sobre fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas (Ley 4/1983, de 29 de junio), así como el establecimiento de las vacaciones anuales mínimas en treinta días y la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre la modificación de determinados artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, son la base de esta obra, fundamentalmente realizada con una finalidad didáctica como elemento auxiliar del curso de Derecho del Trabajo, en cuanto que contiene, además, la primera jurisprudencia recaída.

La obra viene dividida en dos partes bien definidas: La primera sobre el Estatuto de los Trabajadores y la segunda sobre las normas de desarrollo.

La primera parte contiene tres títulos. El primero trata de la relación individual de trabajo, sus disposiciones generales, el contenido del contrato de trabajo, la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo, las infracciones y sanciones, concluyendo con los plazos de prescripción. El título segundo aborda los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores de la empresa. El título tercero trata la negociación y los convenios colectivos, sus disposiciones generales y el procedimiento.

La segunda parte de este estudio, sobre las normas de desarrollo, recoge las correspondientes a las relaciones laborales especiales (R. D. 318/1981, de 5 febrero y R. D. 2.033/1981 de 4 de septiembre y la Orden de 17 de noviembre de 1981), la dedicada a los contratos temporales y medidas de fomento del empleo (R. D. 2.303/1980, de 17 de octubre, Orden 9 mayo 1983, R. D. 1.451/1983, de 1 de mayo y R. D. 3.239/1983, de 28 diciembre y la Orden de 9 febrero 1984, las jornadas y descansos laborales (R. D. 2.001/1983, de 28 julio), la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo (R. D. 696/1980, de 14 de abril), la representación colectiva en la empresa (Orden de 26 septiembre 1980) y

la negociación colectiva (R. D. 1.040/1981, de 22 de mayo, el R. D. 572/1982, de 5 de marzo y el R. D. 2.976/1983, de 9 de noviembre).

JOSÉ BONET CORREA

ORTEGA, Luis: "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos". Madrid, 1983. Editorial Tecnos, S. A. Un volumen de 338 páginas.

Este libro, que es producto de la tesis doctoral del autor, plantea un tema muy candente y crítico para el ámbito español, sobre todo, después que se promulgó la Constitución Española, que postula y defiende los derechos fundamentales de la persona frente a una concepción transpersonal y mayestática del Estado en relación con el empleo público.

La obra, pues, aborda en cuatro amplios apartados la temática que conllevan los derechos sindicales de los funcionarios.

Después de un magnífico prólogo del profesor García de Enterría, el autor realiza un planteamiento muy crítico con su introducción, que pasa a desarrollar en sus tres facetas más fundamentales:

1. La elaboración de la tesis autoritaria en torno a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, donde presenta los postulados básicos de la teoría unilateralista y su crítica en relación con la Constitución Española.

2. La sindicación de los funcionarios públicos, su estudio comparado en los países del occidente continental europeo y también en los dos países líderes anglosajones, la consolidación definitiva del sindicalismo funcional tras la Segunda Guerra Mundial y la protección de este derecho en el ámbito internacional, así como la situación de este derecho de sindicación de funcionarios en España, concretamente en la transición política a la democracia y en la Constitución.

3. El derecho de huelga de los funcionarios públicos comprende, en particular, un examen de este derecho en Italia y en Francia, para después hacerlo en España (la Segunda República, la Dictadura y en la Constitución vigente).

4. La negociación colectiva de los funcionarios públicos está dedicada especialmente a ver cómo se trata en Italia, para concluir cómo viene regulada en nuestro ordenamiento.

El estudio finaliza con un práctico índice de materias que facilita mucho al lector la consulta de los puntos concretos a examen.

JOSÉ BONET CORREA

PANTALEON PRIETO, Fernando: "Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción", Editorial Tecnos, Madrid, 1985, 251 págs.

Al autor de estas líneas le resulta especialmente grato redactar la presente nota sobre la publicación del epígrafe. En primer término, por

el afecto y admiración que profesa a quien en su día fue brillantísimo discípulo; en segundo lugar, de alguna manera en relación con lo anterior, porque quien esto escribe se siente muy honrado por la especial dedicación que el profesor Pantaleón ha mostrado hacia una materia, cual es la responsabilidad civil, a la que el suscrito ha dedicado modestas aportaciones y una atención, en la clase, que acaso haya podido influir en la inclinación del autor del libro comentado hacia ese sugestivo sector del Derecho civil, manifestada ya en su excelente tesis doctoral, que dirigió el profesor Díez-Picazo; y en fin, porque la obra reseñada afronta un problema del máximo interés doctrinal y práctico, que quien esto escribe había planteado en sus *Lecciones sobre responsabilidad civil*, ya en su primera edición, Bilbao, 1978, págs. 73-74.

El objetivo central del libro es el estudio de la delimitación de la competencia de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas

El empeño era arduo porque, como pone de manifiesto el autor, al sistema efímero de "unidad jurisdiccional" de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956 (que atribuía a la misma la competencia exclusiva para toda reclamación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública) siguió pronto la fórmula de "dualidad de jurisdicciones" a tenor de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, lo que ha desembocado en una situación de innegable confusión, a que no ha podido sustraerse la propia jurisprudencia, que con razón es calificada de contradictoria en extremo tan capital como es el de fijar las fronteras de las dos jurisdicciones (la civil y la contencioso-administrativa) en materia de responsabilidad de la Administración.

La obra arranca precisamente de la hipótesis que más problemas suscita, esto es, la relativa a la responsabilidad extracontractual del Estado y de las Comunidades Autónomas, que es por otra parte donde mejor se observan las vacilaciones de nuestra jurisprudencia y, en ocasiones, las soluciones técnicamente menos aceptables, si bien movidas en ciertos casos por el loable deseo (en un terreno de justicia material) de no hacer al perjudicado víctima de una fórmula legal —la de "dualidad"— que puede llegar a hacer de la elección de una u otra jurisdicción un verdadero "juego de azar". Sería el caso de la sentencia de 5 de julio de 1983, que el autor de este comentario, junto con el profesor Zorrilla Ruiz, tuvo ocasión de comentar en "Anuario de Derecho Civil", 1984, octubre-diciembre, págs. 1237 y ss., resolución en la que la Sala Primera justifica la declaración de su propia competencia, entre otras razones, como forma de evitar a las víctimas de un daño (viuda e hijos de un sujeto muerto a causa de los disparos de un funcionario de Policía) "una nueva búsqueda de Juez competente", es decir, el llamado "peregrinaje de jurisdicciones". En esta primera parte de su trabajo, el profesor Pantaleón aborda la cuestión relativa al significado de la expresión "funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos", teóricamente decisiva en la materia si se parte de la base de que la jurisdicción contencioso-administrativa

es la única competente para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad extracontractual de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas por daños producidos en el marco de tales servicios. Lo que brinda al autor la ocasión de hacer una apretada pero muy lúcida síntesis de lo que por tal concepto entienden la doctrina administrativista, la jurisprudencia de conflictos, el Consejo de Estado y la orientación de las Salas de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que se inclinan hacia una interpretación amplia de la referida expresión, contra la línea dominante —salvo escasas excepciones— en la Sala Primera.

La segunda hipótesis tratada (núm. 3 del índice, puesto que el 1 es el “planteamiento del tema”) se refiere a la responsabilidad extracontractual de las Corporaciones Locales, extremo en el que el autor —a nuestro juicio con acierto— se inclina por la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la luz del artículo 3, b), de su Ley Reguladora, aunque advierte que la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha tenido empacho en conocer todo tipo de pretensiones de responsabilidad extracontractual (incluso por daños claramente derivados del “funcionamiento de los servicios públicos”) contra Corporaciones Locales, aun en casos en que éstas eran las únicas demandadas.

El apartado 4 del libro versa sobre la cuestión competencial en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Institucional, punto en el que —con remisión a su ulterior análisis jurisprudencial—, el autor pone de manifiesto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sigue la tesis de la “dualidad jurisdiccional”, contra el parecer —que Pantaleón califica de único— de González Pérez.

A continuación (apartado 5), el autor analiza un caso digno de especial interés y poco estudiado por la doctrina: el de la responsabilidad extrancontractual de los concesionarios y contratistas de la Administración por daños causados a terceros a consecuencia de la gestión del servicio público concedido o de la ejecución de la obra pública contratada.

El apartado 6 del índice alude a la responsabilidad extracontractual de las sociedades de ente público (casos de empresas privadas municipales que tienen encomendada la gestión directa de los servicios económicos) y de los entes con forma pública de personificación que, actuando en el tráfico en régimen de Derecho privado, gestionan verdaderos servicios públicos (ejemplos: RENFE o FEVE). También se analiza el caso de alguna reciente reclamación contra CAMPSA. Como conclusión de este apartado, Pantaleón dice: “Podrá discutirse o no si es conveniente que las reclamaciones indemnizatorias por daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios concedidos vayan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no parece congruente que, aceptada tal solución en nuestro Derecho, vayan a la jurisdicción civil tales reclamaciones cuando el daño lo produce el servicio público gestionado por RENFE, FEVE o una Sociedad de ente público, EMAYA, S. A.” (esta última referencia se basa en la Sentencia de 28 de mayo de 1984, en que era demandada la “Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A.” —EMAYA en anagrama— de Palma de Mallorca).

El capítulo o apartado 7 trata sobre la responsabilidad extracontractual de las autoridades y funcionarios públicos por los daños causados a particulares en el ejercicio de sus cargos. En este punto, el autor, a pesar del principio de que el conocimiento de las pretensiones en esos casos corresponde a los Tribunales civiles, trae a colación la posibilidad de que tales pretensiones estén condicionadas por la resolución de una cuestión previa (declaración de la existencia de infracción legal), competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tesis sostenida por la sentencia de la Sala Primera de 18 de abril de 1967.

El análisis de todos estos casos o hipótesis conduce al autor a un alto en el camino de su discurrir, planteando lo que él llama "la crisis del sistema", esto es, la que tiene su origen en la pregunta de si, sobre la base del mismo evento dañoso, el perjudicado puede ejercitar conjuntamente ante la jurisdicción civil una pretensión indemnizatoria contra la Administración y otra u otras contra uno o varios particulares. Pantaleón pone de relieve cómo los Tribunales civiles se han inclinado por la única alternativa posible: apoyarse en la llamada vis atractiva de la jurisdicción civil y estimar que en esos casos son competentes para conocer también de la pretensión indemnizatoria dirigida contra la Administración demandada. Somete el autor a juicio este criterio, formulando con gran imaginación diversas hipótesis, para en definitiva concluir que el problema pone de manifiesto la citada "grave crisis" de todo el sistema vigente de distribución de competencias entre las dos jurisdicciones. Esta es la materia del apartado 8 del libro.

Hasta este momento, el método del autor ha consistido en una documentada e impecable exposición del Derecho sustantivo y procesal aplicable a cada uno de los seis tipos de casos que pueden plantear el problema de la jurisdicción competente (apartados o capítulos 2 a 7, ambos inclusive), que se remata con el 8, que acabamos de mencionar, revelador de la que él llama "crisis del sistema", producto del desajuste que de la dualidad jurisdiccional inevitablemente resulta. Y lo ha hecho con una también exhaustiva exploración jurisprudencial en cada una de las hipótesis, que evidencia un laborioso trabajo de búsqueda de resoluciones judiciales y una capacidad sistematizadora dignas del más cálido elogio.

Pero sin duda el centro de gravedad del libro se halla en su apartado 9, cuya sola rúbrica revela las cualidades del fino jurista que Fernando Pantaleón es: "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo".

Es la parte más sugestiva de la obra, y la más extensa (págs. 112-234), y sin exceso puede afirmarse que se trata de un estudio jurisprudencial de la más alta calidad.

Circunscribe el autor su análisis a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictadas sobre las cuestiones objeto de su estudio en los 20 últimos años, si bien limitándose —como parecía obligado— a aquéllas que se ocupan expresamente de las cuestiones de competencia de jurisdicción en la materia examinada.

Este estudio jurisprudencial responde plenamente a lo que por tal debe entenderse en rigor, según manifestaba por ejemplo Díez-Picazo en el

prólogo a sus "Estudios sobre la jurisprudencia civil", vol. I, 2.^a ed., Madrid, 1973, págs. 10-11, esto es, no a recoger de las sentencias un pasaje cualquiera, un retazo, abstrayéndolo del caso en el que se había expresado y disociándolo del conjunto de la resolución, sino a contemplar en su integridad el problema debatido y dar el valor que merecen a los pronunciamientos que en esa integridad —y no de otra forma— deben entenderse.

Se trata de un extremo que siempre ha inquietado de manera especial al autor de estas líneas, llevado al escepticismo por determinadas "citas jurisprudenciales" que, examinado en detalle el caso, distan a veces de decir lo que parecen afirmar.

En muchas ocasiones, el llamado estudio de la jurisprudencia obliga a examinar con todo pormenor los resultados de las sentencias, sobre todo los que sintetizan las alegaciones en primera instancia. Y en este sentido —dicho sea de paso— es de lamentar que no siempre esa síntesis permita conocer con precisión el planteamiento fáctico de cada caso, sobre todo en los últimos tiempos.

No menos claro me parece que elemento imprescindible para juzgar muchos pretendidos "pronunciamientos jurisprudenciales" es el estudio de los motivos de casación, que con frecuencia dan a una afirmación del Tribunal Supremo un significado real que dista del que literalmente parece desprenderse del texto de la resolución. También en este punto considero poco afortunada la práctica —si es cierto lo que imagino (y lo hago por comparación con la reproducción de las sentencias de otro tiempo)— de que los motivos de casación no se transcriban íntegramente, sino en extractos.

Pues bien, en su libro Pantaleón pone de manifiesto una poco frecuente meticulosidad en el examen de la jurisprudencia, que llega —como normalmente suele ser preciso en un estudio que tiene pretensiones de construcción doctrinal— a estudiar las sentencias no sólo en lo que dicen, sino también en lo que no se manifiestan (muchas veces, precisamente, por la forma en que el asunto viene planteado desde la primera instancia y a causa del modo en que el recurrente ha articulado los motivos de casación), lo que le lleva con frecuencia a sugerir su personal criterio sobre la forma en que la cuestión se podía haber formulado por los litigantes.

En definitiva, una interpretación jurisprudencial verdaderamente concienzuda y atinadamente crítica.

Termina la obra con unas "reflexiones finales y propuesta de reforma legislativa", en que se aborda muy lúcidamente la innegable necesidad de que las incertidumbres que denuncia sean evitadas.

Ante las sugerencias formuladas por algún sector de la doctrina (una es la de dejar que el perjudicado utilice una u otra jurisdicción, a su elección, y otra la de reintroducir la fórmula de la jurisdicción única, precisamente la contencioso-administrativa), el autor propugna la tesis de unidad jurisdiccional pero en favor de los Tribunales civiles, sistema que, dice Pantaleón, es tan bueno, si no mejor, que el que postula la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo. Y a tal

efecto invoca cuatro argumentos: a) Es absurdo afirmar que la unidad de jurisdicción —la civil— en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando se trata de actividades de la misma sometidas al Derecho administrativo, constituye un grave atentado a la separación de poderes. b) No tendría ningún sentido afirmar que los Tribunales civiles carecen de especialización suficiente para decidir sobre este tipo de litigios. c) No hay razón por la que el sistema de unidad de jurisdicción (contencioso-administrativa) sea más favorable para el perjudicado que el de unidad de jurisdicción civil. d) Y, como argumento máximo, esgrime el a nuestro juicio muy convincente de que la “unidad de jurisdicción civil” permite resolver de forma plenamente satisfactoria los problemas derivados de la acumulación subjetiva de acciones, es decir, los casos en que junto a la Administración se demanda a uno o más particulares. Naturalmente, Pantaleón no desdena la posible solución contraria, esto es, la de la unidad de jurisdicción en favor de la contencioso-administrativa, modificando la Ley Reguladora de la misma para hacer posible demandar a particulares ante ella en un recurso interpuesto contra la Administración. Pero, como decimos, se inclina por la competencia única de los Tribunales civiles.

Como colofón, el autor incluye una “addenda”, constituida por un juzgado comentario a la Sentencia de 31 de octubre de 1984, de la Sala Primera, recaída en una reclamación interpuesta por la Compañía Telefónica Nacional de España contra la Administración del Estado, “A. y C. E., S. A.”, “E. y E., S. A.” y don Santiago S. P., a causa de la rotura de un cable coaxial propiedad de la actora por una máquina excavadora conducida por don Santiago, dependiente de “E. y F., S. A.”, empresa que realizaba labores de excavación como subcontratista de “A. y C. E., S. A.”, con la que la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara había contratado la ejecución de una determinada obra pública.

El examen de esta sentencia sirve para reafirmar al autor en su escaso optimismo ante la esperanza de armonización entre las jurisprudencia de las Salas de lo civil y de lo contencioso del Tribunal Supremo en la materia que es objeto de su completísimo estudio.

Añadamos, por nuestra parte, que esta resolución tiene interés en punto a un problema sobre el que el autor de este comentario ha escrito en varias ocasiones, que es el de la eventual responsabilidad del comitente por daños ocasionados por su contratista o dependientes del mismo. Hemos hecho reciente mención de esta sentencia, en apoyo de nuestra teoría al respecto, en un trabajo publicado en “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, mayo-junio de 1985, págs. 839 ss., titulado precisamente **Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista.**

Pero volvamos al libro que nos ocupa. Lo hacemos sólo ya (pues nuestra opinión está sobradamente expuesta y razonada) para felicitar al autor por obra tan completa sobre materia que exigía un planteamiento frontal y exhaustivo, que es, desde luego, lo que Fernando Pantaleón ha tenido el acierto de llevar a cabo.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Relectura en torno de la comunidad hereditaria". Discurso de investidura como Doctor honoris causa de la Universidad Autónoma de Barcelona el 14 de marzo de 1985. Bellaterra, 1985. Un volumen de 144 págs.

Este magistral discurso de Juan Vallet, sobre un tema que desentraña a la perfección, sirve de base para mostrarnos siempre su profunda sabiduría en el quehacer del Derecho. El análisis, el desarrollo y, sobre todo sus sugerencias respecto al fenómeno sucesorio y, en particular, sobre la comunidad hereditaria, muestran su gran conocimiento y las contribuciones que ofrece y los resultados que aporta.

El discurso de contestación fue realizado por el ilustre y docto profesor Salvador Coderch donde pormenoriza sobre el tema "el título de heredero, en la cultura europea y en el sistema del Código civil español".

Comienza con el examen de la tradición romanista del Derecho común, sigue con la tradición iusnaturalista y la sistemática del Pandectismo y hace cuatro presentaciones del sistema del Código civil español. Expone el punto de vista del objeto, los problemas que plantea y el punto de vista del efecto con la caracterización del título de heredero a través de la designación del efecto jurídico. En la caracterización del efecto examina la sucesión hereditaria, la sucesión y la transferencia, la falta de autonomía del título de heredero como título constitutivo, el título de heredero como título universal: el doble sentido de la universalidad, para concluir con el desarrollo de la cualidad de heredero como título y como efecto, recogiendo la doctrina clásica de hacer girar la esencia de la figura del heredero en la idea de que éste continuaba o representaba la persona del causante y la posición simétrica a la anterior de la doctrina moderna que se refiere a la cualidad de heredero.

Este precioso e interesante volumen concluye con el "curriculum vitae" de Juan B. Vallet de Goytisolo, que, si por sus propios méritos profesionales y académicos son sobresalientes, lo son mucho más por su enorme y dilatada obra científica de publicaciones.

Con esta nota nos complace no sólo dar cuenta de tan importante acontecimiento, sino de transmitirle nuestra más cordial enhorabuena.

JOSÉ BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "Estudios sobre Derecho de cosas. I. Temas generales", 2.^a edición ampliada. Madrid, 1985, Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 539 páginas.

Las valiosas aportaciones de nuestro gran jurisconsulto español, Vallet de Goytisolo, tanto desde el punto de vista histórico —donde su maestría sobre nuestros clásicos juristas es por todos alabada—, como por sus finos y constructivos puntos de vista doctrinales, son siempre esperados y reveladores para la tarea interpretativa del Derecho, en general, y de las normas positivas vigentes, en particular.

Ahora, con la segunda edición de sus estudios de temas generales sobre el Derecho de cosas, se enriquece este volumen con un nuevo trabajo:

"Propiedad y justicia a la luz de Santo Tomás de Aquino", perspectivas que, por su valor clásico, son tan necesarias que se recuerdan en nuestros días, tan confusos y faltos de profundidad.

Si recordamos los estudios recogidos en la primera edición, debemos mencionar el referido a la concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble, el fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada, las notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito, la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, el problema de los denominados derechos sobre derechos, la determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero, la especulación del suelo, plusvalías urbanas y planificación territorial, la buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública, las notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario y, por último, la repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario.

Es de agradecer, una vez más, al ilustre autor el que haya reunido en un volumen los estudios que obedecen a una unidad temática, al facilitar así su manejo, ante su dispersión material, y, lo que es más, por reflejarse más compactamente la línea de su pensamiento.

JOSE BONET CORREA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "Estudios sobre Derecho de cosas. II. La reivindicación mobiliaria", 2.^a edición ampliada. Madrid, 1986. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 417 págs.

Con este segundo volumen de Estudios se agrupan por nuestro gran jurista los trabajos referentes al análisis interpretativo sobre la posesión de bienes muebles, tema polémico actualmente en torno a su origen y naturaleza romanística o germanística. Ahora, en esta segunda edición, se añaden dos nuevos escritos: "Tres estudios en torno al artículo 461,1 del Código civil" y "La equivalencia de posesión y título en el artículo 464,1 del Código civil", que vienen a responder a las últimas interpretaciones doctrinales españolas en este ámbito.

De este modo, se unen junto a las materias nuevamente tratadas las anteriores sobre "El parágrafo 1.^o del artículo 464 del Código civil, según Sentencia de 19 de junio de 1945 y el requisito de la buena fe" y "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil".

Quien haya de abordar el examen interpretativo del artículo 464 deberá acudir a esta obra, pieza fundamental de nuestra literatura jurídica, por su examen histórico-legislativo, jurisprudencial y doctrinal.

JOSE BONET CORREA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

DERECHO DE AUTOR Y DESTRUCCION DE LA OBRA PLASTICA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 9 de diciembre de 1985)

RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

SUMARIO: 1. Los hechos. 2. Considerandos de la Sentencia. 3. Fundamentos de Derecho del voto particular. 4. Comentario de la sentencia: protección jurisdiccional del derecho moral de autor como derecho fundamental reconocido por la Constitución. 5. El derecho moral del artista de obra plástica frente a su destrucción por el adquirente y propietario de la misma: hipotética protección constitucional del derecho.

SENTENCIA: De 9 de diciembre de 1985.

OBJETO: Derecho fundamental a la producción y creación artística: derecho de autor; derecho al honor. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

PARTES: Don Pablo Serrano Aguilar (recurrente) *contra* Industrias Turísticas, S. A.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

FALLO: No ha lugar al recurso.

VOTO PARTICULAR del Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS: Artículos 1.691-1.^º y 5.^º LEC, 18-1, 20.1.b), 24-1 y 53 de la Constitución, 11 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, disposición transitoria 2.^a-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, arts. 1.^º y 9.^º y disposición transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y a la propia Imagen, Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero.

DOCTRINA: Apreciada la excepción de incompetencia de jurisdicción por los juzgadores de instancia, no se les puede reprochar el seguir un procedimiento que después califican de inadecuado, puesto que, en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, alegando la excepción referida dentro del único procedimiento en

que podía hacerlo, que era el elegido por la parte actora para que se tramitase la pretensión.

Cuando la Constitución reconoce y protege —en su artículo 20, apartado uno, letra b)— los derechos a la producción y creación artística, lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores— el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material»; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil... y que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado cuarto del artículo 20 y en el apartado primero del artículo 53.

El tratamiento jurisdiccional del derecho a la producción y creación artística no ha sido alterado ni en su aspecto penal ni en el aspecto civil, pues no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen se refiere a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autor.

La referencia que hace la disposición transitoria 2.^a dos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, al artículo 53.2 de la Constitución, debe ponerse en relación con el apartado uno del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio.

La única vía, de la que habla, con carácter previo al recurso de amparo, la disposición transitoria 2.^a dos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, es la contencioso-administrativa, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la Sección de la Ley de 26 de diciembre de 1978 (también contencioso-administrativa), a cuyos efectos, única y exclusivamente, se extiende el ámbito de la Ley. La extensión generalizada de ese ámbito de la ley de 26 de diciembre de 1978 sería contraria a la normativa legal de los derechos y libertades fundamentales.

La fórmula genérica del artículo 20.1.b) del texto constitucional no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor», como, sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intacto, pendiente, como también es lógico, de su estructuración legislativa propia y específica.

1. LOS HECHOS:

Aparecen sucintamente recogidos en el primer considerando de la sentencia. La sociedad demandada encargó una obra escultórica al demandante con destino al «hall» de un hotel de su propiedad. Una vez instalada la obra, la empresa propietaria procedió a desmontarla, al considerar que no guardaba armonía con el resto de la decoración, depositando las piezas en sus almacenes.

El escultor demandó una primera vez a INTUSA, pidiendo que se dictara sentencia por la que se declarase:

— «Que el actor es propietario de la escultura de arte «Viaje a la luna en el fondo del mar» y tiene sobre la misma los derechos de propiedad artística reconocidos en el Código Civil y leyes especiales.

— Que la destrucción de dicha obra por la entidad demandada integra evidente e injustificable agresión al derecho dominical del actor sobre su obra artística referida.

— Que la entidad demandada ha ocasionado daños y perjuicios cuya evaluación se llevará a cabo y cuya cuantía se fijará en período de ejecución de sentencia.

— Que dicha entidad demandada, Intusa, Sociedad Anónima, debe abonar a mi mandante la cantidad que en tal período procesal se determine.

— Que Intusa, Sociedad Anónima, debe ser condenada expresamente al pago de todas las costas de este procedimiento por su temeridad y mala fe.»

La demanda fue totalmente desestimada tanto en primera y segunda instancia, como en casación (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965. Ponente: Excmo. Sr. Don Tomás Ogáyar y Ayllón).

La nueva demanda se interpone al amparo de la eficacia directa e inmediata de la Constitución, y utilizando la vía procedural (de los incidentes) prevista por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. El suplico de la nueva demanda tiene el siguiente contenido:

— Declarar que INTUSA ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho.

— Reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del demandante de conformidad con su contenido constitucional, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial de autor.

— Restablecer al demandante en la integridad de su derecho fundamental lesionado condenando a la demandada:

a) A poner a disposición del demandante los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte.

b) A indemnizar al demandante, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental en cuestión, comprometiéndose el demandante a poner el importe de la indemnización a disposición de la Dirección del Círculo de Bellas Artes de Madrid, con destino a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español.

— Imponer las costas procesales a INTUSA.

La entidad demandada, INTUSA, se opuso, alegando inadecuación del procedimiento, cosa juzgada y, en defecto de las dos anteriores excepciones, inexistencia de la infracción pretendida de los derechos fundamentales de la Constitución.

Tanto en primera como en segunda instancia se apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción. El recurso de casación (que se desestima) se articula en dos motivos:

«*Primero*: Fundado en el número 1.^a del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al infringir la sentencia recurrida los artículos 24.1 y 53.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición transitoria 2.^a2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. *Segundo*: Fundado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La sentencia recurrida infringe el artículo 20.1.b de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, el artículo 18.1 de la misma en cuanto al honor y reputación artísticas) al negar su aplicabilidad al caso, la cual procede con arreglo a la disposición transitoria 2.^a2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, y la jurisprudencia constitucional que se dirá.»

2. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

CONSIDERANDO: Que el presente recurso y el pleito de que trae causa, derivan de otro anterior —terminado con Sentencia de este Tribunal Supremo de veintiuno de junio de mil novecientos sesenta y cinco—, interviniendo las mismas personas, en la misma calidad, las mismas cosas y la misma causa de pedir con arreglo a la legislación y al procedimiento vigentes a la sazón, relacionado con una obra escultórica intitulada «Viaje a la

Luna en el Fondo del Mar», realizada por el ilustre escultor que en los dos pleitos figuró como demandante, para ser instalada en el «hall» del hotel «Las tres carabelas» (propiedad de la empresa «Industrias Turísticas, S. A.»), de la localidad de Torremolinos, donde una vez cumplido el encargo —con materiales y mano de obra suministrados por la empresa referida— y pagado su importe, fue efectivamente instalada, aunque por poco tiempo, pues la empresa propietaria, alegando que lo realizado «no se ajustaba al boceto elegido» y contrastaba con la decoración del hotel, ordenó desmontarla, guardando sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar; su pretensión, como demandante, se basaba en el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, que le otorgaba la paternidad de la obra, que le permitía poder impedir que se deformase o mutile, con la facultad de reproducción e incluso de retirarla de la circulación, con base en lo cual solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su propiedad artística, que habrían de ser fijados en período de ejecución de sentencia; pretensión, a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad, sólo limitable por la ley o la voluntad de las partes, decidiéndose la disputa en instancia y en casación, en favor de lo segundo, con apoyo en la legalidad aplicable, a cuyo tenor el artista puede reproducir su obra y exponer la reproducción, pero no disponer del ejemplar concreto adquirido por quien lo compra, al que no se puede obligar a ser desposeído de lo que adquirió, sin que pueda deducirse otra cosa del Convenio de Berna de 1886, ni de las Conferencias de Roma de 1928 y de Bruselas de 1948, ratificados por España, pero que no tuvieron el necesario desarrollo positivo en nuestro país, donde continuaba rigiendo la vieja ley de diez de enero de mil ochocientos setenta y nueve, que no permitía una solución diferente, en relación con el artículo mil novecientos dos del Código Civil, que fue el alegado en apoyo de la pretensión ejercitada por la vía procedimental permitida.

CONSIDERANDO: Que el nuevo planteamiento se basa en el cambio de legislación producido en España a partir de la promulgación de la Constitución política de mil novecientos setenta y ocho y de las leyes que, en este punto, la complementan, especialmente de la de veintiséis de diciembre del mismo año, llamada de «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», que se estima no afectan al principio de cosa juzgada respecto de la Sentencia de este Tribunal Supremo, antes citada, de veintiuno de junio de mil novecientos sesenta y cinco, afirmando que ésta tiene un límite cronológico inmanente que deriva de que la desestimación del recurso anterior se produjo por no existir disposición que específicamente sancionase o amparase el derecho que se pretendía y teniendo la Constitución una eficacia directa y aplicativa inmediata, se explica que una situación jurídica lícita, con anterioridad, pueda transformarse en otra ilegítima e inconstitucional desde el momento de la entrada en vigor de la Norma suprema y justifica que se pueda ejercitar una pretensión distinta de amparo de un derecho fundamental, cual es el de la creación y producción artística del artículo veinte, uno, apartado letra b) de la Constitución, pues la obra discutida fue sólo desmontada —no destruida— continuando

como estaba, por lo que subsiste el efecto del acto y, consiguientemente, la posibilidad de hecho, de que el artista la recree de nuevo, la modifique o incluso la retire, utilizando para ello, el procedimiento jurisdiccional nuevamente creado; pretensión que fue desestimada en las dos instancias, donde se acogió la excepción formulada de contrario, de incompetencia de jurisdicción, por inadecuación de procedimiento, contra la que se alza el motivo primero del recurso, que, por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia defecto en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los veinticuatro, uno y cincuenta y tres, dos de la Constitución, de la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve y del artículo once, en sus dos números, de la ley de veintiséis de diciembre de mil novecientos setenta y ocho; preceptos, los citados, a los que sirven de cobertura genérica los constitucionales, siendo de recordar que el veinticuatro, uno, proclama que las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; y, a su vez, el cincuenta y tres, dos, dispone «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo catorce y la Sección primera del Capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional»; en consonancia con lo cual y en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante en su día, dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, justo en uso de su derecho, alegando la excepción referida, con base en las razones que consideró oportunas, dentro del único procedimiento en que podía hacerlo, que era el elegido por la partactora para que se tramitase la pretensión, lo que priva de validez al reproche que el recurso formula en este sentido, contra los juzgadores de instancia, de seguir un procedimiento que después califican de inadecuado.

CONSIDERANDO: Que el derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo veinte de la Constitución, apartado uno, letra b), a cuyo tenor «se reconocen y protegen los derechos... a la producción y creación... artística», precepto que está incluido en la Sección primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro

derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores—, el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material»; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en Derecho comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia, de elaboración de un Proyecto de ley, en tramitación; pero que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado cuarto del artículo veinte al hablar de «los preceptos de las leyes que lo desarrollean», y en el apartado primero del artículo cincuenta y tres, donde se añade que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos».

CONSIDERANDO: Que como complemento de cuanto antecede, es de señalar que el tratamiento jurisdiccional de la figura no ha sido alterado ni en su aspecto penal, ni sobre todo, por lo que aquí interesa, en el aspecto civil, pues no está comprendida en la ley, que se dice infringida, de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, de «Protección jurisdiccional de los derechos de la persona», en cuyo artículo primero, apartado uno, se dice que «el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, gozarán de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen»; no son todos los llamados derechos fundamentales, sino sólo los comprendidos en ella, que son, específicamente, los señalados en el apartado segundo del precepto, sin perjuicio de lo establecido en su Disposición final, que son los siguientes: libertades de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público; el artículo once (primero de la Sección tercera dedicada a la «garantía jurisdiccional civil») establece, en su apartado primero, que «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona comprendidas en el ámbito de esta ley», añadiendo en el apartado segundo que «las disposiciones de esta Sección serán aplicables, en todo caso, cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere esta ley establezcan alguna reclamación de orden civil»; y la Disposición final referida insiste en este ámbito restringido, al decir que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento judicial de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámb-

bito de aplicación de esta ley, los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella»; en cumplimiento de lo cual se promulgó solamente el Real Decreto de veinte de febrero de mil novecientos setenta y nueve (número trescientos cuarenta y dos), cuyo artículo único disponía que «quedan incorporados al ámbito de la protección de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical».

CONSIDERANDO: Que, complementado, a su vez, el referido Real Decreto, se aprobó la Ley orgánica de cinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos, en cuyo artículo primero se reduce el ámbito de su aplicación al «derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución» y dentro del Capítulo segundo, dedicado a la «protección civil» de los expresados derechos, el artículo nueve establece que «la tutela judicial *de los derechos a que se refiere la presente ley*, podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución»; disponiéndose en la Disposición transitoria primera que «*en tanto no se promulgue la normativa prevista* en el artículo dieciocho, cuatro de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar se regulará por la presente ley»; y de su parte, en la Disposición transitoria segunda se establece que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos de la Constitución, sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley... por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho»; referido todo ello a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autos cuestionado, que el legislador, con toda justicia y acierto jurídico, no equiparó.

CONSIDERANDO: Que otro tanto sucede con la regulación y aplicación en materia estrictamente constitucional, alegada por el recurso como infringida; en efecto: la Disposición transitoria segunda, dos, de la Ley orgánica del Tribunal constitucional de tres de octubre de mil novecientos setenta y nueve, lo que literalmente determina es que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo, será la *contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho sobre Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos*, el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere

el expresado artículo cincuenta y tres, dos de la Constitución»; disposición que, contrariamente a cuanto se sostiene en el recurso, lejos de desvirtuarlo hasta aquí expuesto, viene a confirmarlo: en primer lugar, porque la referencia que hace al precepto constitucional, debe ponerse en relación con el apartado uno del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio, en la forma que quedó expuesta; en segundo término, porque la única vía de que se habla —con carácter previo al recurso de amparo— es la contencioso-administrativa, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la Sección segunda de la ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (también contencioso-administrativa), a cuyos efectos única y exclusivamente se extiende el ámbito de la Ley; y en tercer lugar, porque la extensión generalizada, que pretende el recurso, sería contraria a la normativa legal de estos derechos, cuyas posibilidades de ejercicio procedural, no puede ser alterada de la forma indirecta que se intenta.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede considerarse infringida la Jurisprudencia recogida en las resoluciones del Tribunal constitucional que cita el recurso en apoyo de su interpretación, pues las Sentencias de quince de noviembre de mil novecientos ochenta y dos y veintidós de junio de mil novecientos ochenta y tres, se refieren las dos a unos recursos de amparo, como consecuencia de sendos procesos *laborales*, partiendo evidentemente de la equiparación de los mismos a la jurisdicción contencioso-administrativa que, como se dijo, está expresamente admitida en el ámbito de las posibilidades legales; el Auto de cinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos hace relación a los derechos de igualdad y libertad, respecto de un pleito seguido por un fotógrafo al que una asociación profesional se negó a admitir como miembro, derechos de los que trae causa, sin duda comprendidos en la enumeración del apartado segundo del artículo primero de la Ley de veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho; y la Sentencia de doce de junio de mil novecientos ochenta y cuatro que se limita a proclamar que «los derechos fundamentales tienen en la Ley de mil novecientos setenta y ocho una triple protección, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto de los bienes en los que el autor tenga la condición de particular», donde se proclama un principio general indiscutible, pero que, forzosamente tiene que atemperarse a los supuestos concretos que la ley establece, en la forma y con el procedimiento que en la misma se determine, sin que se haga referencia al supuesto que se examina.

CONSIDERANDO: Que todo cuanto antecede está poniendo de manifiesto que la fórmula genérica del artículo veinte, uno, b) del texto constitucional, no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor», como sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intocado, pendiente, como también es lógico, de su estructuración le-

gislativa propia y específica, que no es misión que corresponda al Juzgador, limitado por ley a la interpretación y aplicación del Derecho; y asimismo, pone de relieve la falta de fundamento del primer motivo del recurso, que no puede ser acogido, al no justificar debidamente que el procedimiento seguido era el adecuado, lo que impide el examen del segundo, referente al fondo del asunto y supone la desestimación del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del último párrafo del artículo mil setecientos quince de la Ley de Enjuiciamiento, respecto de las costas causadas en este trámite y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar, contra la sentencia que en diecisésis de enero de mil novecientos ochenta y cinco, dictó la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL VOTO PARTICULAR

Primero.—Los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, Don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones de fondo.

Segundo.—En orden al primer motivo, que el mencionado recurrente don Pablo Serrano Aguilar formuló, al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, a causa de infracción en la sentencia recurrida de los artículos 24.1 y 53.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición Transitoria 2.^º-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, su estimación surge de tener en cuenta que al prevenir el citado artículo 24.1 de la Constitución Española que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», y sancionar el artículo 53.2 de la misma Constitución, prevalente en el orden jerárquico de las Fuentes del Derecho y base primaria y fundamental de todos ellos, que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a

del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, unido a que la Disposición Transitoria 2º-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, establecía que, en tanto no se desarrollaran las previsiones del mencionado artículo 53.2 de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales había de entenderse vía judicial a la interposición del recurso de amparo constitucional la contencioso-administrativa o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución, entre cuyos derechos, en opinión del Magistrado que suscribe, ha de entenderse, de hecho y jurídicamente, los que en el orden moral correspondan al autor de una obra artística, como la que es objeto de controversia, en cuanto a alteración o disgregación de sus elementos, almacenándolos, cual ha sucedido en el presente caso, afecta indudablemente a la producción y creación artística, cuyo reconocimiento y protección proclama el epígrafe b) del apartado 1, del artículo 1, 20 de la invocada Constitución Española, y relacionado todo ello con el contenido del artículo 11, en sus apartados 1 y 2, de la precitada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, disponga que la garantía jurisdiccional, que la misma acoge mediante el procedimiento que establece en su Sección Segunda, procede para «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de dicha Ley, o para impugnar pretensiones relativas a la misma», y que las disposiciones de dicha Sección serán aplicables en todo caso cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona, a que se refiere la precitada Ley, establezcan alguna reclamación de orden civil», claramente está poniendo de manifiesto que, en tanto no se dicte una específica normativa procedural que desarrolle la protección civil de los derechos que reconoce la Sección Primera del Capítulo Segundo de la mencionada Constitución Española, sea de procedente aplicación, en criterio del Magistrado que suscribe, la invocada prevenida en la indicada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al que expresamente se remite la referida Disposición Transitoria 2º-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, aplicable en consecuencia al supuesto ahora enjuiciado, y al que correcta y adecuadamente acudió el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, desde el momento que, en opinión del Magistrado que suscribe, según viene dicho, el reconocimiento y protección del derecho a la producción y creación artística que, por proyección de propiedad residual, amparan en el orden moral al autor para impedir que su obra sea alterada, disgregada en sus elementos, para su almacenamiento, es de estimarlo comprendido entre los derechos fundamentales, concretamente el de producción y creación artística, reconocido en el mencionado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, incardinado en su Sección Primera del Capítulo Segundo, a que se remite el aludido artículo 53.2, del mismo ordenamiento constitucional, cuya protección con base en el expresado pro-

cedimiento fijado en la tan citada Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sanciona la Disposición Transitoria 2.º-2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, como explícito reconocimiento de la vinculación inmediata de lo que emana de la propia Constitución, determinante de que no necesita una «*interpositio legislatores*», es decir, una intención del legislador ordinario, para que sus normas puedan y deban ser aplicadas, ya que condicionar la «protección» de un derecho subjetivo es condicionar indebidamente el «*agere licere*» del propio derecho, y mayormente en cuanto afecta a derechos fundamentales, como son los reconocidos en la tantas veces mencionada Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que, como previene el artículo 10.1 de la misma tienen consideración de derechos subjetivos axiológicamente primarios en nuestro ordenamiento, dado que, según doctrina del Tribunal Constitucional, a que se alude en el motivo de casación que se examina, cuando se produce una perturbación de un derecho fundamental, «hay un derecho del ciudadano a esta protección prevista por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre», de tal manera que si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación, se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales, y no podría decirse que la garantía jurisdiccional se respeta cuando, negado el proceso específico, se remite al interesado a otro tipo procesal, porque constituye una violación de las garantías de que la Constitución y la Ley ha dotado a los derechos y libertades fundamentales.

Tercero.—En cuanto al segundo motivo, que el recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, fundamenta al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate, que dicho recurrente especifica en infracción del artículo 20.1.b. de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, al artículo 18.1 de la misma en cuanto al honor y reputación artísticos), al negar la sentencia recurrida su aplicación al caso, la cual procede con arreglo a la Disposición Transitoria 2.º-1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979 y jurisprudencia constitucional de que se hace cita, es también de llegar a solución estimatoria, porque no negado, sino por el contrario implícitamente reconocido en la sentencia recurrida, en cuanto que lo hace presupuesto de la decisión que da a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda iniciador del juicio de que este recurso dimana, que don Pablo Serrano Aguilar, escultor de reconocido prestigio nacional e internacional, construyó la obra escultórica denominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», adquirida por la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», para su ubicación en el hotel «Tres Carabelas», de su propiedad, sito en Torremolinos (Málaga), cuya obra con posterioridad a su instalación procedió la referida entidad adquirente a retirarla, desmontarla y desguazarla para su almacenamiento en una dependencia reservada de dicho hotel, conduce al reconocimiento de vulneración con ese comportamiento del derecho a la creación artística, que espe-

cíficamente reconoce el epígrafe b), del apartado 1, del artículo 20 de la Constitución Española, que viene a ser una concreta y singular aplicación del derecho de libre expresión y difusión de la libertad de pensamientos e ideas, mediante la reproducción que proclama el epígrafe a) del mismo apartado del referido precepto constitucional, y que en definitiva es proyección del artículo 27,2 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 10 de diciembre de 1948, Convenio de Berna para la Unión Internacional para la Protección de las obras literarias y artísticas, celebrado el 9 de septiembre de 1886, con algunas modificaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Berlín de 13 de noviembre de 1908, con posterior revisión en Bruselas el 26 de junio de 1948, así como el Convenio Universal de Ginebra, sobre el derecho del autor, celebrado el 6 de septiembre de 1952, con las correspondientes ratificaciones por España, en tendencia no sólo a reconocer y proteger el derecho de libertad respecto a toda ingobernabilidad en el proceso intelectual que concluye en una objetivación literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino constitucionalizando el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de sus intereses morales y materiales, que incluso tiene reflejo y manifestación interpretada de acuerdo con la Constitución Española, pues al prevenir que el autor de una obra literaria, científica y artística, tiene derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad, está proclamando, según tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de 14 de octubre de 1983, que el derecho del autor se halla integrado, entre otros, por la facultad de disfrute o explotación económica, que le legitima para la obtención de las utilidades pecuniarias que la obra produce y la facultad de difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, configurador de los elementos personal y patrimonial emanantes del doble derecho que indudablemente integra el que tiene el autor en relación con la obra realizada, y cuyo elemento personal, al estar formado por lo que suele llamarse derecho moral del autor, se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, cuyo propósito no es otro que salvaguardar derechos tan básicos para la personalidad del autor como es su propia paternidad de la obra, de suerte que no sea desconocida, y defender su integridad contra deformaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio al buen nombre y crédito de su autor, impidiendo, en consecuencia, deformaciones o atentados espirituales dañosos, con asignación de caracteres de derecho absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, inherente a la circunstancia de que parificado con el derecho de dominio de la obra realizada, derivada de transmisión a un tercero por su autor, se mantenga un dominio desigual de éste que le faculte en todo momento, para que la obra no resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o con cualquier otra modificación que fuere perjudicial al honor o reputación del autor, creador de una posibilidad reivindicadora de su paternidad de la obra con el exclusivo fin del ejercicio de oponerse a que tales situaciones se produzcan como lógica consecuencia del vínculo permanente que entre el autor y la obra ha quedado establecida en la ma-

nifestación material de una concepción revelada por el intelecto, que es precisamente lo pretendido por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, mediante lo solicitado en los pedimentos 1.^º y 2.^º y epígrafe a) del 3.^º, formulados en la súplica del escrito de demanda inicial, ante la anómala circunstancia de que la entidad demandada, ahora recurrida, «Industrias Turísticas, S. A.», sin conocimiento del citado autor de la obra, hubiese procedido a desvirtuarla, desguazándola mediante la descomposición de todos sus elementos, que pasaron a ser almacenados en una dependencia del hotel «Tres Carabelas», sito en Torremolinos (Málaga), en que en principio había sido instalada, dado que con esa descomposición de los elementos integradores de la obra se crea un evidente desprecio de ésta en la unidad en que fue configurada, con el consiguiente perjuicio moral que ello representa y el menoscabo que significa para su autor que, por la lenidad de dicha entidad adquirente, ve desvirtuada su labor intelectual o artística proyectada a la obra realizada.

Cuarto.—A lo precedentemente expuesto en nada obsta, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, el hecho de que el desmontaje, desintegración y almacenamiento de los elementos que integraban la mencionada obra escultórica nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», objeto de controversia, hubiese sido llevado a cabo con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, con sometimiento a debate y decisión judicial denegatoria de las pretensiones del tan aludido autor de la obra, también con antelación a la vigencia de tal ordenamiento jurídico constitucional, dado que esas circunstancias procedimentales ni pueden conducir a situación jurídico-procesal de cosa juzgada, ni creación de módulo extintivo del derecho del autor de la obra a que ésta sea respetada en su aspecto unitario, y no disgregador de sus distintos elementos por su almacenamiento, privando de efectividad unitaria al desarrollo material de lo mentalmente imaginado y proyectado por el autor, puesto que reconocido, al no ser negado en la sentencia recurrida, que por el contrario parte del supuesto de supervivencia, que el desmontaje y disgregación de los elementos que formaban unitariamente la obra en cuestión, con almacenamiento de aquéllos, tanto quiere decir que la situación que agravia los legítimos derechos del autor, derivados de su propiedad residual compatible con la del adquirente de la obra tan citada, persiste con posterioridad al derecho fundamental innovado por la referida Constitución Española, con la lógica consecuencia de que los efectos emanantes de tal comportamiento de la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», sean hasta ahora duraderos, y por tanto no se encuentren agotados tales efectos de proyección al perjuicio moral que con ello se causa al artista, autor de la obra tan aludida, con la consiguiente consecuencia lesiva que ello comporta al derecho fundamental reconocido en el precitado epígrafe b) del apartado 1, del artículo 20 de la Constitución Española, por vulneración del respeto que merece la reputación artística; de una parte debido a que si la cosa juzgada requiere, entre otros requisitos, la existencia de una misma causa o razón de pedir (causa petendi), en manera alguna puede apreciarse en el caso, cual el ahora examinado, en que la pretensión pro-

ducida en el posterior juicio provenga del reconocimiento que establece una normativa dada con posterioridad al planteamiento y decisión del anterior debate judicial planteado, dado que lógica y jurídicamente no puede apreciarse identidad causal con base en lo que todavía no había sido reconocido por la correspondiente norma jurídica; y, de otra parte, a causa de que si, según previene la Disposición Transitoria 2.^o, apartado 1.^o, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los plazos para el ejercicio de las acciones ante el mismo comenzarán a contarse desde el día de la constitución del Tribunal «cuando las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos», lo mismo significa no simplemente una norma directa encaminada a cómputo de plazos, sino también, indirectamente, la presuposición de que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar disposiciones, resoluciones y actos anteriores a su constitución con tal de que no hayan agotado sus efectos, y en consecuencia que pueda entender de estos casos y aplicar a ellos la Constitución, y, en general, el bloque de la constitucionalidad, con base en la falta de agotamiento de efectos, que ciertamente hay que tomar en consideración tanto para la vía del amparo constitucional como para la de protección jurisdiccional o amparo judicial de los mismos derechos en la esfera civil, y así se deduce de doctrina dimanante del Tribunal Constitucional, de que se hace mención en el desarrollo del motivo que se examina en el presente fundamento, que sentando un uniforme y coordinado criterio constitucional, bien considerando alcance retroactivo a la Constitución Española, o ya apreciando con más precisión técnica, no una manifestación de retroactividad, si que la expresión de eficacia directa y apreciabilidad inmediata de las normas constitucionales, proclaman que en el caso, ahora dado, de ley preconstitucional no comprensiva de derechos que reconoce la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ésta no solamente los deroga —como «ley posterior»—, sino que los hace sobrevidamente inválidos —como «ley superior»—, con el alcance, de que la nueva normativa constitucional puede producir efectos en situaciones que, aún surgidas con anterioridad a la Norma Fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor, a causa de que precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución permite extender su aplicación a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y mayormente en cuanto que en el aspecto de reconocimiento de protección y derechos a la producción y creación artística, que innova la Constitución, consagrando como derecho fundamental el núcleo esencial del derecho de autor, con proyección al aspecto moral, hace desaparecer la «base legal» con que contó la sentencia dictada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Constitución, denegando la protección del derecho de autor, vitalizando después de la promulgación de aquella Norma Fundamental, a la que han de adaptarse todas las disposiciones legales, lesión indirecta en los derechos del demandante ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, al persistir los efectos no agotados de

una situación cuyo origen es preconstitucional, cuales son los derivados de la persistencia de la descomposición por la demandada, ahora recurrida, adquirente de la obra, «Industrias Turísticas, S. A.», propietario del «Corpus mecanicum», eliminando, como ejemplar único que es, la única base material y servible que incorporaba el «Corpus misticum» o idea artística de su autor, el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, que éste tiende a eliminar por el medio, que es de acoger, de obtener la declaración judicial de que «Industrias Turísticas, S. A.» (INTUSA) vulneró y desconoció el derecho fundamental a la producción y creación artística que le reconoce el artículo 20.1.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho, con el consiguiente reconocimiento del derecho fundamental a la producción y creación artística que le viene atribuible de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, con arreglo al precitado artículo 20.1.b) de dicha Constitución, dentro del cual rectamente hay que entender quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que le corresponde, y la consecuencia de restablecer al mencionado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, conducente a la condena a la expresada entidad «industrias Turísticas, S. A.» a poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que dicho autor pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte, y así procede declararlo, previa casación en tal sentido de la sentencia recurrida; y todo ello, claro está, en virtud de ejercicio de actividad derivada de la propiedad residual correspondiente al mencionado autor de la obra de que se trata, pero con pleno respeto al derecho de propiedad, derivado de adquisición por la tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que como ya expresamente reconoce el recurrente en el antepenúltimo párrafo «in fine», del segundo de los motivos en que se ampara el recurso determinante de esta sentencia, la recomposición de la obra artística, incluida en el derecho del autor, como contenido esencial del mismo, es del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del «Corpus mecanicum», o sea de la obra material resultante de la descomposición de la misma, que de producirse discrepancia en cuanto a quien corresponda o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar en sus diversos aspectos, no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor que se somete a protección y amparo judicial.

Quinto.—La acogida de los dos motivos en que se ampara el recurso, y que conducen a la estimación de éste en los términos expresados, llevan también a la estimación, en los términos y con la limitación que se dirá, de la pretensión solicitada en el epígrafe b) del pedimento 3.^º de la súplica del escrito de demanda, iniciadora del juicio de que emana la sentencia objeto del presente recurso, encaminado a que se indemnice a don Pablo Serrano Aguilar, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieran irrogado

por la vulneración del derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del mencionado don Pablo Serrano Aguilar, con el compromiso por éste de destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del referido escrito de demanda (fundamento de derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fijase judicialmente como indemnización, con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español, a cuyo efecto la cuantía a señalar a dichos alegados perjuicios es de cifrarlos en período de ejecución de sentencia, con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», pues es el real perjuicio que, en esencia y en definitiva, se produce al precitado demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, porque si ciertamente el daño moral puede ser generante de indemnización pecuniaria, es sobre la ineludible base de que el daño provenga en su causa del acto culposo de un tercero que produzca una consecuencia con alcance efectivo de matiz valuable económicamente, pero no sobre la base, ahora producida, de que lo en esencia y en definitiva pretendido por el precitado don Pablo Serrano Aguilar, sea la reconstrucción de su obra nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», cuyo daño moral, derivado de la actuación en ella, conduce a esa reconstrucción, queda adecuadamente satisfecha con el reconocimiento a efectuarlo, por la trascendencia que supone y revela la decisión judicial en tal sentido, y más en cuanto que, de una parte, es el propio autor demandante, ahora recurrente, el que, en su expresa petición, inserta en el epígrafe c) del pedimento 3.^º de la invocada súplica del escrito de demanda inicial, expresamente proclama, en laudable muestra de altruismo, que lo que está persiguiendo con dicha demanda no es el más mínimo afán de lucro personal sino, a través de la protección de su derecho personal, el amparo, en dimensión objetiva, de los derechos de todos los artistas; y, de otra parte, debido a no acreditarse, ni tan siquiera ser puesto de manifiesto en el desarrollo y fundamentación de los indicados motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del referido autor de dicha obra, ni por tanto que hubiese generado para él más perjuicios patrimoniales, derivado del daño moral producido, que el que pueda provenir, objetivamente, de la reconstrucción que en su caso pueda realizar en la obra sometida a controversia en el debate jurídico que ha dado lugar al presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español, el Magistrado que disiente de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con fecha nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, en el recurso de casación número 272/1985, es del parecer que debía contener el siguiente:

F A L L O

Estimando el recurso de casación, por acogida de los dos motivos en que se ampara, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra la sentencia dictada, con fecha diecisésis de enero de mil novecientos ochenta y cinco, por la Sala Tercera de lo civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, y en consecuencia revocando la sentencia pronunciada en veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Madrid en el juicio de que dicho recurso dimana, estimando en los términos que se dirá la demanda formulada por el mencionado don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.», y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por pretendida inadecuación del procedimiento, alegado por dicha entidad demandada, procede declarar: 1.º, que «Industrias Turísticas, S. A.» ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística que al mencionado demandante, don Pablo Serrano Aguilar, reconoce el artículo 20.1.b) de la Constitución, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho; 2.º, que es de reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del referido don Pablo Serrano Aguilar, de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado con arreglo al artículo 20.1.b) de la Constitución, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que corresponden al tan citado don Pablo Serrano Aguilar; y 3.º, que es de restablecer al precitado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, condenando a «Industrias Turísticas, S. A.»: a) A poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte; y b) a indemnizar a don Pablo Serrano Aguilar en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del precitado don Pablo Serrano Aguilar, y cuyos perjuicios serán fijados con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», y con el compromiso, asumido por el tan citado don Pablo Serrano Aguilar, a destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del escrito de demanda, iniciadora del juicio de que este recurso dimana (fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la Directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fije judicialmente como indemnización, con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho Español; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia, y debiendo satisfacer cada parte las suyas

producidas en el recurso de casación, y con devolución al recurrente don Pablo Serrano Aguilar del depósito constituido.

4. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia une al interés y a la dificultad propios de la materia que aborda, a caballo entre el Derecho procesal, el Derecho civil (concretamente la parte del mismo dedicada a la propiedad intelectual o derecho de autor) y el Derecho constitucional, el atractivo de algunos de sus protagonistas: el demandante y recurrente, don Pablo Serrano, uno de los escultores más importantes de nuestra época, con reconocida fama mundial, su abogado don Eduardo García de Enterría, un ilustre administrativista, quizás el jurista español más significativo actualmente dentro del campo del Derecho público; finalmente, el ponente de la sentencia, don José Beltrán de Heredia, uno de los maestros de nuestra doctrina del Derecho civil. La casualidad también incide en las circunstancias de la sentencia: se dicta pocos días después de que fallezca don Pablo Serrano y es quizás la última sentencia de don José Beltrán, puesto que coincide con el momento de su jubilación como Magistrado. Por último, la sentencia va acompañada del voto particular de uno de los magistrados que formaban parte de la sala, don Antonio Fernández Rodríguez, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; voto particular en el que se defiende una tesis y un fallo radicalmente contrarios a los de la sentencia.

Como se resume con claridad en el Fundamento de Derecho primero del Voto Particular, «los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones del fondo».

La sentencia se abstiene de pronunciarse sobre el segundo motivo del recurso, relativo a las cuestiones de fondo. Se limita a reiterar —de acuerdo con las sentencias de instancia— que, en efecto, el procedimiento incidental regulado en los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, no es el adecuado para defender en el ámbito civil, frente a un particular, el derecho fundamental a la producción y creación artística, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución.

La argumentación sobre la que se basa dicho fallo es acorde con una interpretación literal de los preceptos en cuestión. En efecto, el derecho a la producción y creación artística no se encuentra recogido entre los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 1.^º de la mencionada Ley 62/1978, al determinar el ámbito de aplicación de la misma, ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979. La Disposición Transitoria 2.º-2 de la Ley Or-

gánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que extiende dicho ámbito de aplicación a todos los derechos y libertades fundamentales, como vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo, lo hace únicamente en relación con los procedimientos contencioso-administrativos (sección 2.^a de la Ley 62/1978). No comprende, pues, los procedimientos civiles sobre derechos y libertades fundamentales en general. Por último, tampoco cabe acudir a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (en la que se reitera, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 342/1979, la aplicación de la Ley 62/1978 a los mencionados derechos), puesto que no cabe confundir el derecho al honor con el derecho moral de autor. Por consiguiente, no existe infracción del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24.1 de la Constitución), que no puede ser confundido con un inexistente derecho a la obtención de una tutela judicial al margen del respeto debido a la ordenación legal de los cauces procedimentales adecuados para cada caso.

La sentencia del Tribunal Constitucional 41/1986, de 2 de abril (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 29 de abril), dice, en relación con esta materia, lo siguiente:

«Sin embargo, como también hemos dicho, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige la adopción necesaria del procedimiento que el justificable pretenda, pues la Constitución no impide en modo alguno que los Jueces y Tribunales velen por la elección del tipo de proceso más adecuado y por su normal transcurso.

Dice la entidad solicitante de este amparo que en las Sentencias números 90 y 92 de 1985, de 22 y 24 de julio respectivamente, se sienta una doctrina perfectamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, pues en ellas se afirma que el mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, y que siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta conforme a las normas vigentes la privación o denegación de la misma, si fuera indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, contra lo que el solicitante de amparo cree, tales afirmaciones no son aplicables a nuestro caso, pues en las Sentencias números 90 y 92 de 1985 la expresión «vía judicial» —y consiguientemente el derecho a escogerla— no se utiliza para designar cualesquiera tipos de procedimientos judiciales, sino más exactamente las acciones, pues se trataba de señalar la opción entre acción penal y acción civil. Las dos conocidas Sentencias, relativas a la decisión de las Cámaras para no aceptar el suplicatorio para proceder legalmente contra un Senador, planteaban el tema antedicho, porque frente a la solicitud de amparo se había alegado que los derechos e intereses legítimos lesionados no quedaban privados de la tutela judicial, porque podía ejercitarse siempre la acción civil de daños y perjuicios. De esta suerte, debemos entender que el derecho a la tutela judicial efectiva es derecho a escoger las vías a través de las cuales se articulan acciones diferentes cuando el ciudadano disponga de varias. No pue-

de, sin embargo, entenderse que hay, por imperio del artículo 24 de la Constitución, un derecho de naturaleza constitucional a cada uno de los procedimiento que las leyes organizan. Los derechos de carácter fundamental quedan a salvo siempre que el ciudadano tenga libre acceso a la justicia, y pueda instar ante ella lo que estime procedente acerca de sus pretensiones, y éstas reciban una decisión fundada en Derecho.» (Fundamento Jurídico 3.º, párrafo 1.º, *in fine*, y pár. 2.º).

Según cabe deducir de la sentencia que comento, el demandante debería haber interpuesto una demanda civil de juicio declarativo ordinario —vía que sigue teniendo abierta— para defender su hipotético derecho a una reparación en el supuesto de hecho objeto de su reclamación.

Frente a semejante interpretación, la que se ofrece en el Fundamento de Derecho segundo del voto particular resulta —creo yo— poco convincente. Aunque la redacción del mismo es sumamente oscura, en lo que me parece ser la parte esencial del razonamiento, me atrevo a decir que éste es el que a continuación expongo. Según el magistrado firmante del voto particular, el procedimiento incidental regulado en la sección tercera («Garantía jurisdiccional civil») de la Ley 62/1978 sería aplicable al caso (defensa ante la jurisdicción civil del derecho a la producción y creación artística), porque el artículo 11 de la misma prevé su aplicación para las reclamaciones de orden civil correspondientes a derechos fundamentales comprendidos dentro de su ámbito. Habida cuenta que la disposición transitoria 2.º.2 de la Ley Orgánica 2/1979 extiende el ámbito de la Ley 62/1978 a todos los derechos y libertades fundamentales, aunque ello sea únicamente en relación con la sección segunda («Garantía contencioso-administrativa»), automáticamente dicha ampliación abarcaría también a la sección tercera de la Ley 62/1978, por defecto de su artículo 11.

Yo creo que esa interpretación del artículo 11 de la Ley 62/1978 es forzada. Los derechos fundamentales «comprendidos en el ámbito de esta Ley» (art. 11.1) son los derechos fundamentales «a que se refiere esta Ley», directa (art. 1.º.2) o indirectamente (disposición final y Real Decreto Legislativo 342/1979). Las ampliaciones de dicho ámbito, producidas por remisiones contenidas en otros textos legales, deben reducirse en principio, a los límites de la remisión, tal y como se señala en el sexto considerando de la sentencia. En este caso, la remisión a la Ley 62/1978 se concreta únicamente en la sección segunda de la misma, en la jurisdicción contencioso-administrativa, y así lo señala el mencionado considerando sexto. El artículo 11 de la Ley no tiene la virtud de extender esa remisión a la jurisdicción civil.

No obstante, yo coincido con la conclusión a la que se llega en el voto particular que acompaña a la sentencia: el procedimiento incidental regulado en los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978 para la defensa de derechos fundamentales ante la jurisdicción civil es aplicable a todos los derechos y libertades fundamentales y, concretamente, a la protección del derecho a la producción y creación artística. La Disposición Transitoria 2.º.2 de la Ley Orgánica 2/1979, al referirse únicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, presenta una laguna que debe ser integrada en esos términos, admitiendo

que, a los efectos del recurso de amparo, la vía judicial previa a la interposición del mismo podrá ser cualquiera de las existentes en relación con las diversas jurisdicciones y, concretamente, cuando se trate de la jurisdicción civil, podrá ser —al igual que en la jurisdicción contencioso-administrativa— tanto la vía de los procedimientos ordinarios como la del procedimiento extraordinario de la sección tercera de la Ley 62/1978.

La jurisprudencia constitucional alegada por la parte recurrente en el primer motivo brinda elementos importantes para defender coherentemente semejante construcción, aunque el valor de aquélla para el caso se rechace en el séptimo y penúltimo considerando de la sentencia; a mi modo de ver con un criterio excesivamente reduccionista. Es cierto que dicha jurisprudencia no contempla supuestos exactamente iguales, pero no es menos cierto que podría aplicarse para mantener la defensa jurisdiccional civil de todos los derechos fundamentales y, en especial, del derecho fundamental a la producción y creación artística.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional citadas en el primer motivo del recurso son las siguientes: Auto 162/1982, de 5 de mayo, y Sentencias 67/1982, de 15 de noviembre, 55/1983, de 22 de junio y 71/1984, de 12 de junio.

El Auto 162/1982, de 5 de mayo (Sala 1.^a, Sección 2.^a. Vid. *Jurisprudencia Constitucional*. III, págs. 814-817) dicta la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por un fotógrafo contra la negativa de la Asociación Provincial de Fotógrafos Profesionales de Burgos a inscribirle en la misma. El fotógrafo recurrente en amparo alega la infracción de los artículos 14 y 22 de la Constitución. El motivo de la inadmisibilidad del recurso (Fundamento Jurídico núm. 2) es la falta de justificación del agotamiento de la vía previa judicial o administrativa que proceda en derecho:

«..., en términos generales para reaccionar contra las presuntas violaciones de los derechos fundamentales o libertades públicas que un sujeto particular produzca en la esfera jurídica de otro sujeto particular, éste dispone, según los casos, de la vía penal o de la vía civil, reguladas, concretamente en los artículos 2 a 5 y 11 a 15, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Existe, pues, en tales supuestos una vía judicial previa que debe agotarse antes de acudir mediante recurso de amparo constitucional ante este Tribunal, recurso que por lo demás, y como es sabido, sólo procede contra actos de los poderes públicos (artículo 41.2 de la LOTC») (Párrafo 3.^o del Fundamento Jurídico 2).

La sentencia 67/1982, de 15 de noviembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 10 de diciembre), se ocupa de un recurso contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social por violación del artículo 14 de la Constitución. La vía previa seguida fue ante la jurisdicción laboral, lo que se considera adecuado. Hay que tener en cuenta que el artículo 14 de la Constitución no está comprendido ni en la Ley 62/1978 ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979. Interesa aquí reproducir una parte del Fundamento Jurídico núm. 3:

«... En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los

derechos y libertades fundamentales, en fórmula de la Disposición Transitoria 2º-2 de la LOTC, es evidente que se ha producido una laguna, pues prescindiendo de la cuestión ya evocada, del amparo constitucional con respecto a las organizaciones económicas o empresariales de titularidad o gestión estatal, a las que cabría añadir las empresas concesionarias de servicios públicos, una interpretación literal de estas disposiciones dejaría fuera del mencionado amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas dimanantes de decisiones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y en su caso de los Servicios de la Seguridad Social en sus relaciones con el personal a su servicio... A la luz de una consideración global de la institución del amparo constitucional, la laguna así creada debe ser colmada en el sentido de que en este y análogos casos el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria debe y puede sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo y agota la «vía judicial procedente» a que se refiere el artículo 43.1 de la LOTC, en relación con el 53.2 de la CE; pues ha de entenderse que la exigencia de recurrir a tal vía responde a que no se desvirtúe el carácter propio de este Tribunal, que no puede invadir la función jurisdiccional ordinaria propia de los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, definida en el artículo 117.3 de la CE y el 41.1 de la LOTC».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 47/1985, de 27 de marzo (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» del 19 de abril. Vid. Fundamento Jurídico, núm. 5. Párrafo 1.^o).

La Sentencia 55/1983, de 22 de junio (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 15 de julio), se ocupa del caso de un representante sindical que demanda ante la magistratura a su empresa por trato discriminatorio, contrario al artículo 28.1 de la Constitución (Libertad sindical). El magistrado había desestimado la demanda sin entrar ha resolver sobre las hipotéticas discriminaciones, por considerarlo improcedente. El recurso de amparo se interpuso por violación de los artículos 24.1 y 28 de la Constitución. El Tribunal Constitucional apreció la violación del artículo 24.1, puesto que no se había dado una respuesta fundada en derecho a lo que la acción del representante sindical planteaba. El Tribunal Constitucional se cuestiona a continuación sobre si es oportuno decidir además en relación con la hipotética violación del artículo 28.1. Decide entrar en dicho tema y se pronuncia afirmativamente sobre la existencia de una violación del mismo en los siguientes términos:

«... Ante esta situación hemos de tener en cuenta dos posibilidades. Consiste la primera en que, al no aparecer en la resolución judicial impugnada elementos suficientes que permitan dilucidar claramente la cuestión, a tenor del artículo 44.1.b) de la LOTC, que nos impide entrar en los hechos, cabría que nos abstuviéramos de emitir un juicio al respecto, declarando infringido únicamente el artículo 24.1 de la CE y remitirnos a la virtualidad procesal de tal declaración». Fundamento Jurídico, núm. 4.

«Pero, por otra parte, surge la pregunta de si es posible declarar a pesar de ello la violación también del artículo 28.1. Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos

fundamentales son debidas, como en el presente caso, a un particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo al análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si, pues, al no haber dado respuesta la Sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, como vimos, en violación del artículo 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1)» Fundamento Jurídico núm. 5.

En el Fundamento Jurídico núm. 6, pár. 2.º, se recuerda como doctrina del Tribunal la de la Sentencia 67/82 sobre la vía de la jurisdicción laboral como previa al recurso de amparo.

La Sentencia 71/1984, de 12 de junio (Sala 2.ª. Ponente: Excmo Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» de 11 de julio), se ocupa del recurso de una persona que era miembro de la Junta Directiva de la Confederación Canaria de Empresarios; al haber solicitado dicha persona la baja en UCD para darse de alta en CDS, fue apartado de dicha Junta. Interpuso querella contra el Presidente de la Confederación, entendiendo que la conducta de éste se encontraba tipificada en los artículos 172 y 494 del Código Penal, por haber obstaculizado el derecho a asociarse reconocido en el artículo 22.1 de la Constitución, Admitida a trámite la querella, se archivaron posteriormente las diligencias previas, mediante el correspondiente Auto, y se desestimaron los recursos contra el mismo. El recurso de amparo se interpone contra dichas resoluciones judiciales por vulneración de los artículos 22.1 y 24.1 de la Constitución.

Aunque el Ministerio Fiscal señaló que la violación del artículo 22.1 no se producía de modo directo e inmediato por un órgano judicial, sino por los órganos de la Confederación Canaria de Empresarios (Fundamento Jurídico núm. 1, pár. 2.º), el Tribunal Constitucional no tuvo inconveniente alguno en abordar dicha cuestión. Señala que el no apreciar la existencia de delito en este caso no implica la infracción del artículo 22.1 de la Constitución. Lo que no quiere decir —añade— que no existiese una violación del artículo 22.1, pero no delictiva. Lo que ocurre es que, dada la vía penal elegida de la Ley 62/1978, sólo cabría pronunciarse, en su caso, sobre la existencia del delito en cuestión, cuya calificación corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, de acuerdo con el artículo 17.3 de la Constitución. «Sólo cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos violación de un derecho constitucionalmente amparable cabe la estimación» de la pretensión, basada en el artículo 24.1 de la Constitución (Fundamento Jurídico núm. 4, párrafo 1, *in fine*). El Tribunal deja claramente entrever —muy especialmente al final del Fundamento Jurídico núm. 3 y en el Fundamento Jurídico núm. 4— que su decisión probablemente hubiese sido distinta si la impugnación de los acuerdos de la Confederación se hubiese producido por la vía civil:

«Las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales tienen en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre... una triple dimensión, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto a las lesiones en que el autor tenga la condición de particular. En el presente caso, por el contrario, el recurrente... optó por formular querella... y con ello limitó las posibilidades de la tutela judicial otorgable» (Fundamento Jurídico núm. 3).

En definitiva, el tema que nos ocupa se encuentra esencialmente relacionado con el del ámbito de aplicación del recurso de amparo, tema constitucional por excelencia en el que se cuestiona la eficacia directa de la Constitución frente a los particulares. Como es sabido, la tradición constitucional contempla la eficacia de los derechos y libertades fundamentales como defensa del ciudadano frente a los poderes públicos: se trata de proteger a los ciudadanos frente a los excesos del poder. No obstante, la experiencia revela que esos excesos pueden proceder también de sujetos privados. No hay razón para no proteger en igual medida a los ciudadanos tanto frente al poder privado como frente al poder público. En definitiva, una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y una mayor implantación de la Constitución implica que ésta no sólo se constituye como garante de la sociedad frente al poder político, sino también como una defensa de los diversos miembros de la sociedad entre sí. Ello debería llevar, en principio, a que el recurso de amparo se pudiese interponer tanto contra las violaciones de las libertades y derechos fundamentales cometidas por los poderes públicos como contra las cometidas por los particulares (arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución). Hay que tener en cuenta que nuestra Constitución vincula directamente tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos (art. 9.º.1).

Sin embargo, la tradición doctrinal ha constituido un lastre para nuestros legisladores a la hora de regular el recurso de amparo. De ahí que dicho recurso proceda únicamente frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales producidas por los poderes públicos (art. 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979-LOTC): legislativo (art. 42 LOTC), ejecutivo (art. 43 LOTC) o judicial (art. 44 LOTC). Eso es lo que explica que en la disposición transitoria 2.º.2 se mencione únicamente, de forma incorrecta, la vía judicial contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo. Se olvida así que, incluso con una interpretación estricta del ámbito concedido al recurso de amparo, hay que prever también todas las demás jurisdicciones posibles, puesto que los poderes públicos y sus agentes y funcionarios pueden incurrir en violaciones de los derechos y libertades fundamentales en todo tipo de relaciones y campos jurídicos. Buena prueba de ello, con referencia a la jurisdicción laboral, se encuentra en la sentencia antes citada 67/82 del Tribunal Constitucional.

Pero además, la propia exigencia de una defensa completa de la Constitución ha llevado a una interpretación de la LOTC por parte del Tribunal Constitucional que supone de hecho —y ello merece el elogio de todos— admitir el recurso de amparo también frente a las violaciones de los particulares. Para ello ha bastado con interpretar ampliamente el requisito

establecido en el artículo 44.1.b) LOTC en relación con el recurso de amparo frente a violaciones del poder judicial. Dicho requisito es el siguiente: «Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo *directo* e *inmediato* a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllos se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional» (los subrayados son míos). La interpretación a la que me he referido entiende que se produce una violación por parte de un órgano judicial —susceptible de recurso de amparo— cuando, instada del mismo una reparación del derecho fundamental frente a un particular, aquél la deniega injustificadamente. Ello supone en definitiva la admisión del recurso de amparo frente a los particulares, previa su transformación en un recurso de amparo frente al poder judicial. Lo que, en resumidas cuentas, implica conceder a la reparación de las violaciones de derechos fundamentales de los particulares un régimen similar a la de las violaciones del Gobierno y la Administración, si se tiene en cuenta que éstas «podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedentes» (art. 43.1 LOTC), mientras que aquéllas podrán dar lugar al recurso de amparo también si se ha agotado la vía judicial procedente sin obtener la satisfacción debida, de acuerdo con la interpretación expuesta para el artículo 44.1.b) LOTC y el requisito contenido en el artículo 44.1.a) («Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial»). En definitiva, se pretende que el recurso de amparo constituya un último remedio, de carácter excepcional, cuando, en cualquiera de los supuestos posibles de violación de los derechos fundamentales, no se ha obtenido previamente la reparación debida del poder judicial, puesto que éste es el encargado de hacer cumplir el ordenamiento jurídico, incluida y en primer lugar la Constitución, en los casos de conflicto.

Esa interpretación encuentra un apoyo importante en la propia Ley 62/1978, que prevé un procedimiento especial ante la jurisdicción civil (es decir, básicamente frente a particulares) para la defensa de derechos fundamentales y, sobre todo en la Ley Orgánica 1/1982, cuya disposición transitoria 2.^a remite a dicho procedimiento y, además, como requisito previo a la interposición del recurso de amparo.

Sobre estas cuestiones del recurso de amparo frente a las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas por los particulares y de la eficacia directa de la Constitución en relación con estos últimos, Vid. Antonio Embid Irujo, *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*. REDA, número 25, abril-junio 1980, págs. 191 y ss.; Javier Salas, *Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas*. REDA, número 27, octubre-diciembre 1980, págs. 553 y ss.; Tomás Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981; Santiago Varela Díaz, *La idea de deber constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, número 4, enero-abril 1982, páginas 69 y ss.

Aparte de las resoluciones del Tribunal Constitucional recogidas en el

primer motivo del recurso de casación, y a las que me he referido detalladamente en este comentario, cabe añadir otras muchas recaídas en procedimientos de amparo, cuyo origen es la hipotética violación de la Constitución por un particular. En ellas se aprecia tanto la transformación de la violación constitucional del particular en una violación judicial, como la específica configuración que adquieren los derechos fundamentales frente al respeto exigible de los particulares.

La Sentencia 88/1985, de 19 de julio (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral. «B.O.E.» de 14 de agosto) se ocupa del despido de un médico psiquiatra por la Fundación propietaria del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, basado en declaraciones críticas realizadas por dicho médico en TVE. El recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de la Magistratura (También contra la posterior del Tribunal Supremo) que declara el despido improcedente (con posibilidad de sustituir el deber de readmisión por una indemnización) en vez de nulo radicalmente. Se admite el recurso, puesto que en la sentencia de Magistratura se entendía que el médico no había incurrido en una crítica excesiva (artículo 20.1.a CE), contraria al deber de buena fe derivado de su relación contractual. Sobre la transformación de la violación del artículo 20.1.a de la Constitución por la Fundación en violación judicial, la Sentencia dice lo siguiente:

«La violación cometida por los órganos judiciales de los que se solicitó que se declarara la nulidad radical del despido por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales, de haber existido, consistirá... en la indebida denegación judicial al derecho de libre expresión y difusión de las ideas y opiniones solicitado con fundamento en el artículo 53.2 CE. La cuestión se ciñe, pues, a dilucidar si los órganos judiciales prestaron o no el debido amparo al derecho fundamental del demandante (artículo 20.1.a). Fundamento Jurídico 1, párrafo 2.^º.

Sobre la configuración de los derechos fundamentales en relación con el respeto debido por los particulares, interesa reproducir el Fundamento Jurídico 2, párrafo 2.:

«La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es sin embargo un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece. Pero además y cuando la expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse... en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general... La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales».

La Sentencia 47/1985, de 27 de marzo (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don

Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 19 de abril), aborda también un caso de despido, esta vez de una profesora de un colegio particular. Aquí también el recurso de amparo contra la sentencia de la Magistratura (así como contra la posterior del Tribunal Central de Trabajo) es porque dicha sentencia no declaró el despido radicalmente nulo, permitiendo así la posibilidad de una indemnización en sustitución de la readmisión. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo por ser el despido contrario al artículo 16 de la Constitución.

En esta sentencia se observa también la transformación de la violación constitucional de un particular por la correspondiente violación judicial (Fundamento Jurídico núm. 5):

«Sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros, es claro que el presente recurso no podría ni siquiera existir si en el caso no estuviera involucrado además y después del centro docente y su profesora, algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado, que en este caso es el de la libertad ideológica, tal poder público implicado en este caso, es el Magistrado de Trabajo y en cuanto que confirmó su sentencia el Tribunal Central de Trabajo. La vulneración por el Magistrado de Trabajo no podría consistir en modo alguno en una supuesta transformación de derecho del 16.1 CE, convirtiendo lo que es y no puede dejar de ser un derecho de libertad en un derecho de prestación. Sigue, sin embargo, que los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el artículo 53.2 de la Constitución a la tutela de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

Así las cosas, la sentencia de la Magistratura no amparó a la demandante en su libertad ideológica...».

En relación con la configuración de los derechos fundamentales frente a los particulares, en el Fundamento Jurídico 3 de la sentencia se nos dice lo siguiente:

«... una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impone tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de ataque abierto o solapado» al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el artículo 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro.»

Veamos qué nos dicen otras sentencias del Tribunal Constitucional sobre esa especial configuración de los derechos fundamentales y libertades públicas Constitucionales, cuando tienen que hacerse valer entre particulares.

La Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Angel Escudero del Corral. «B.O.E.» de 11 de enero de 1984) se ocupa del despido de unos profesores como consecuencia de un comunicado emitido

por ellos durante una huelga y remitido a los padres de los alumnos del colegio. Declarado procedente el despido por la Magistratura y por el Tribunal Supremo, los interesados interpusieron recurso de amparo por violación de los artículos 20.1 y 28 de la Constitución. El Tribunal Constitucional denegó el amparo. En el Fundamento Jurídico 2, párrafos 2.^º y 3.^º de la sentencia, el Tribunal dice lo siguiente:

«La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero, al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otros contextos pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación.

Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección».

La Sentencia 34/1984, de 9 de marzo (Sala 2.^a. Ponente: Excmo Sr. Don Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 3 de abril) trata de una empresa que paga más a unos trabajadores que a otros. La Magistratura no accede a la igualación reclamada por uno de los trabajadores. El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado contra la Sentencia por ser contraria al artículo 14 de la Constitución. El Fundamento Jurídico 2.^º de la Sentencia razona así los límites del artículo 14 de la Constitución con respecto a la autonomía de la voluntad:

«El problema de este asunto se plantea en un ámbito de relaciones entre particulares, lo que por sí solo no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad. Este ámbito, en el que el problema se suscita, va a originar una matización importante en la aplicación del principio de igualdad con efectos determinantes en nuestro caso.

En su sentencia núm. 59/1982, de 28 de julio («B.O.E.» de 18 de agosto), este Tribunal ha declarado que, «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma... tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados», y que esta regla o criterio igualitario puede ser sancionado directamente por la Constitución..., arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del derecho.

Pues bien, tal principio falta en el presente caso. La legislación laboral desarrollando y aplicando el artículo 14 de la Constitución, ha establecido en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores, y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto.

Elló no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales».

La Sentencia 19/1985, de 13 de febrero (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. «B.O.E.» de 5 de marzo) trata de un caso de despido por no acudir a trabajar los sábados, debido a creencias religiosas (Iglesia Adventicia del Séptimo día), incumpliendo así la trabajadora sus obligaciones contractuales. La Magistratura no declaró improcedente el despido y el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado. Interesa reproducir el Fundamento Jurídico núm. 1 en su párrafo 2.^o:

«Situada así en sus precisos términos la cuestión se hace fácil su respuesta, pues aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas. En el contrato de trabajo que liga a la recurrente con la Empresa en la que presta sus servicios, no se ha denunciado la existencia de cláusula o estipulación alguna, que, en sí misma o en la interpretación o aplicación que de ella se hace, pueda resultar lesiva para los derechos fundamentales de la recurrente, y así lo que ésta pretende no es la anulación total o parcial del contrato, sino que se le dispense del cumplimiento de las obligaciones que libremente aceptó y que considera ajustadas a derecho, de manera que no se extraiga de su incumplimiento la necesaria consecuencia del despido. Se evidencia con ello que la idea que subyace a toda la argumentación de la recurrente es la de que un cambio puramente fáctico (el de sus ideas o creencias religiosas), en cuanto que es manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, provoca

la modificación de los contratos por ella suscritos, cuyo cumplimiento sólo será exigible en la medida en que no sea incompatible con las obligaciones que su nueva confesión religiosa le impone, llevando así (sin duda, con la mayor buena fe y movida seguramente de profunda religiosidad) el principio de la sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables por contrarios a principios, que como el de la seguridad jurídica, son también objeto de garantía constitucional (art. 9.3).

Una vez aclarado que la violación de un derecho fundamental por un particular puede dar lugar también a un recurso de amparo, indirectamente, previa transformación de aquélla en violación de un órgano judicial, cabe preguntarse qué razón puede existir para que esa reclamación no se pueda realizar mediante el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad de la Ley 62/1978, cualquiera que sea la jurisdicción competente, la penal, la contencioso-administrativa o la civil. Se trata de una exigencia del artículo 53.2 de la Constitución. El respeto de la Constitución, tanto en su artículo 53.2 como en el artículo 24.1, inducen a una interpretación e incluso una integración de la disposición transitoria 2.^a2 LOTC, según la cual se conceda el mismo tratamiento en ella previsto (por analogía) a las acciones que se interpongan contra los particulares en defensa de los derechos fundamentales; según la cual dichas acciones puedan canalizarse tanto por los procedimientos civiles ordinarios como por el procedimiento incidental regulado en la Ley 62/1978. Se trata de una laguna involuntaria, primero en la Ley 62/1978 (y en el Real Decreto Legislativo 342/1979) y luego en la disposición transitoria 2.^a2 LOTC (Ley Orgánica 2/1979), que pone de relieve la urgencia que existe en elaborar cuanto antes un desarrollo legislativo completo del procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución para la tutela judicial de las libertades y derechos recogidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo de la Constitución (artículos 15 a 29), urgencia que se extiende a la oportunidad de clarificar, mediante la reforma legislativa pertinente (de la LOTC), o mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la procedencia del recurso de amparo contra los particulares, por vía del recurso de amparo frente a los órganos judiciales que denieguen la reparación solicitada de algún derecho fundamental lesionado.

Esa interpretación de la Disposición Transitoria 2.^a2 LOTC, que permite extender su remisión, por analogía, a la sección tercera de la Ley 62/1978, viene impuesta por el artículo 53.2 de la Constitución, que no especifica que el procedimiento en él previsto tenga que limitarse a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni que el recurso de amparo sólo pueda ser frente a los poderes públicos. Tampoco da pie el artículo 53.2 para que algunos derechos fundamentales puedan acogerse a un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y otros no: ¿cómo justificar que eso pueda ocurrir con el derecho al honor o la libertad de expresión o la libertad de cátedra, y no con la libertad de creación artística? También viene impuesta por el artículo 24.1 de la Constitución, que induce a interpretar las normas reguladoras de los procedimientos en su sentido más favorable, para una protección jurisdiccional eficaz, especialmente de los derechos fundamentales.

Son múltiples las sentencias del Tribunal Constitucional que cabe citar en

apoyo de esa interpretación favorable a la eficacia del artículo 24.1 de la Constitución: Sentencias 4/1985, de 18 de enero (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Díez de Velasco. «B.O.E.» 12 de febrero. Vid Fundamento Jurídico 2, párrafo 2.º), 36/1986, de 12 de marzo (Sala 2.^a. Ponente. Excmo Sr. Don Jesús Leguina Villa. «B.O.E.» de 9 de abril), 111/1984, de 28 de noviembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Jerónimo Arozamena Sierra. «B.O.E.» de 21 de diciembre. Vid. Fundamento Jurídico 6.^º *in fine*, en el que se insiste en la necesidad de reinterpretar e incluso integrar, las normas procesales preconstitucionales, concretamente, en el caso en cuestión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se insiste especialmente en la exigencia de una previa interpretación de las normas favorables a la protección jurisdiccional cuando los Jueces o Tribunales entienden que debe denegarse la tutela pedida. Así se dice en la Sentencia 93/1984, de 16 de octubre (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Gómez-Ferre Morant. «B.O.E.» de 31 de octubre. Vid. Fundamento Jurídico 5.^º, apartado a, párrafo 3.º); también en la Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente, «B.O.E.» de 5 de noviembre), en el Fundamento Jurídico núm. 4, párrafo 4.^º:

«... De modo casi idéntico esta misma Sala ha insistido en el carácter legal de la causa impeditiva de que el Tribunal *a quo* entre a dar una resolución de fondo al señalar que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, y que tal resolución podrá ser de inadmisión siempre que concurra una causa legal para declararla y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma» (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1984, de 4 de noviembre, Sala 2.^a. Fundamento Jurídico 4.^º, BJC, 43, pág. 1543). Es evidente que esta aplicación judicial razonada de la causa legal no puede consistir en una función repetitiva de la literalidad de la norma, pues, como dijimos en la antes citada sentencia del Tribunal Constitucional 89/1983, el Juez (y menos el Tribunal Supremo) no puede quedar reducido «a ejecutor autómata de la Ley». Pero esa interpretación implica una norma legal a interpretar cuando se trate de una resolución judicial que niegue la resolución sobre el fondo. Y así ha de ser, porque siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio «sólo por Ley» puede regularse (art. 53.1 CE)».

Así, pues, extendiendo lo que el propio Tribunal Constitucional ha dicho en relación con la jurisdicción laboral, cabe entender que la laguna legal que presenta la Disposición Transitoria 2.º-2 LOTC debe integrarse en el sentido de admitir la posibilidad de defender todos los derechos fundamentales, incluido el derecho a la producción y creación artística, ante la jurisdicción civil, tanto mediante los procedimientos ordinarios como mediante el procedimiento regulado en la sección tercera de la Ley 62/1978.

Esa es la construcción que habría permitido mantener, en contra del criterio de la sentencia, la inexistencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, la aceptación del primer motivo del recurso, y la consideración del fondo de la cuestión, es decir, del segundo motivo del recurso.

Pero, además, yo creo que existe otra fisura en los argumentos de la sentencia, que también debería haber permitido entrar, al menos parcialmente, en el fondo de la cuestión. Me refiero a la referencia alternativa, contenida en el segundo motivo del recurso, a una hipotética lesión del derecho al honor y reputación artística del demandante y recurrente. En relación con el derecho al honor, no puede existir duda alguna sobre la procedencia de su protección ante la jurisdicción civil por vía del procedimiento elegido por el demandante, el de la sección tercera de la Ley 62/1978. Ha sido precisamente uno de los argumentos que he utilizado para integrar la laguna existente en la disposición transitoria 2.^a2, en el sentido que he expuesto: ¿por qué proteger el derecho al honor —y otros derechos fundamentales— mejor y más eficazmente que el derecho a la producción y creación artística? No existe base alguna para ello en el artículo 53.2 CE.

La sentencia —ya lo hemos visto— rechaza la aplicación de la disposición transitoria 1.^a de la Ley Orgánica 1/82 (que repite en parte lo previsto en el Real Decreto Legislativo 342/1979 en relación con la Ley 62/1978) por considerar que no cabe confundir el supuesto de fondo en cuestión, correspondiente al derecho moral del autor, con un supuesto de derecho al honor. La cuestión en sí es delicada, y sobre ella volveré, aunque sea brevemente. Pero ahora basta con apuntar que ese razonamiento del quinto considerando de la sentencia supone en realidad un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, para el que previamente debería haberse admitido el primer motivo del recurso, aunque fuese parcialmente, únicamente para tratar la existencia o inexistencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Se detecta, pues —creo yo—, en ese quinto considerando un razonamiento apriorístico latente, que subyace a la decisión de la Sala: no se accede a juzgar el fondo de la cuestión, esgrimiendo como argumento la incompetencia de jurisdicción, porque en realidad se entiende que no ha existido una lesión del derecho al honor.

Me atrevería a decir que ese mismo apriorismo subyace con respecto al tema principal, y así se revela en el tercer considerando de la sentencia. La incompetencia de jurisdicción en relación con el derecho a la producción y creación artística sirve en cierto modo para no tener que entrar a juzgar una cuestión en la que se estima que el demandante y recurrente carece de razón.

5. EL DERECHO MORAL DEL ARTISTA DE OBRA PLASTICA FRENTE A SU DESTRUCCION POR EL ADQUIRENTE Y PROPIETARIO DE LA MISMA: HIPOTETICA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

Hasta aquí el comentario de la sentencia y de su fallo en sentido estricto. No obstante, la existencia de un voto particular, que si que se pronuncia sobre la cuestión de fondo del recurso, ese pronunciamiento encubierto y

apriorístico sobre el fondo que —a mi modo de ver— contiene la sentencia misma y el propio interés y dificultad de la cuestión, todo ello me induce a exponer sucintamente mi opinión o, al menos, algún apunte sobre la hipotética existencia de una violación del derecho moral de autor de don Pablo Serrano en base a la protección constitucional del derecho a la producción y creación artística (art. 20.1.b) de la Constitución.

Según el considerando tercero de la sentencia, el reconocimiento constitucional del derecho a la producción y creación artística no soluciona el conflicto entre propiedad privada sobre la obra de arte (bien material) y el derecho moral de autor (bien inmaterial), que no es un derecho de la personalidad en sentido estricto. La delimitación de uno y otro derecho es algo que queda reservado por la propia Constitución a un ulterior desarrollo legislativo (de acuerdo con los artículos 20.4 y 53.1 de la Constitución). De lo que cabe deducir que la Constitución no constituye base suficiente para apreciar la existencia en este caso de una violación del derecho fundamental a la producción y creación artísticas.

Por el contrario, el fundamento de derecho tercero del voto particular considera que el desguace y almacenamiento de la obra escultórica del demandante constituye un atentado contra el derecho fundamental a la producción y creación artísticas, amparado por la Constitución, por la declaración de Derechos Humanos y por los Convenios Internacionales sobre derecho de autor. En definitiva, el mencionado derecho fundamental mantendría en todo caso una propiedad residual a favor del autor, que le facultaría para oponerse a que la obra resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o modificada perjudicialmente para su honor o reputación. En apoyo del reconocimiento del derecho moral de autor en dicho Fundamento Jurídico 3.^º se cita la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14-10-1983 (Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García). Es cierto que en ella se reconoce, como tal derecho moral, el de oponerse a la deformación y a la mutilación de la obra, pero no a su destrucción (Vid. mi comentario a esa sentencia en el número 3 de los Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil).

Evidentemente, la protección del derecho moral de autor no puede proceder en este caso de nuestra ya centenaria Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Como se señalaba en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965 (2.^º considerando) —que desestimó el recurso de casación interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.»—, ni siquiera el artículo 9.^º de la mencionada Ley (que reserva para el autor el derecho de reproducción y el de exposición pública, a pesar de la enajenación de una obra de arte) permite entender que la conducta objeto de juicio (desmontar la obra comprada a un escultor y almacenar las piezas de la misma, todo ello sin autorización del artista) constituye una violación del derecho de autor. La protección perseguida debería proceder de la Constitución, interpretada en consonancia o «conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2. CE).

Veamos qué es lo que dicen esos textos normativos del Derecho internacional ratificados por España. «Toda persona tiene derecho a la protección

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Tal es el tenor literal del artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reproduce casi literalmente el artículo 15.1.c.) del Pacto International de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —también ratificado por España. Semejante texto no sirve para proteger a los artistas frente a la destrucción o modificación de su obra, puesto que, aunque se reconoce el derecho moral de autor, no se especifica cuál deba ser su contenido.

Los dos grandes convenios internacionales sobre propiedad intelectual —ambos ratificados por España— son La Convención Universal (o Convención de Ginebra) sobre Derecho de Autor y la Unión Internacional (Unión de Berna) para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. La Convención Universal únicamente garantiza los intereses o derechos patrimoniales del autor (artículos I y IV bis). En cambio, La Unión de Berna extiende su protección al derecho moral de autor. Su artículo 6 bis establece lo siguiente: «independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de los mismos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier modificación de la obra, o a todo otro atentado contra la obra, perjudicial para su honor o reputación» (apartado 1).

Se trata de un texto casi literalmente copiado por el artículo 20 de la Ley Italiana de 22 de abril de 1941, en su reforma de 1979. Un sentido similar tiene el parágrafo 14 de la Ley alemana de 9 de septiembre de 1965: «El autor puede prohibir cualquier alteración o menoscabo de su obra que ponga en peligro sus legítimos intereses morales o personales». No obstante, tanto en Italia —Vid. Mario Fabiani, *Il Diritto d'Autore nella giurisprudenza*. 2.^a ed. Cedam. Padova, 1972, págs. 50 a 52—, como en Alemania —Vid. Heinrich Hubmann, *Urheber und Verlagsrecht*, 3.^a ed. C. H. Beck. München, 1974, págs. 151-152— se ha entendido que dichos preceptos no impiden en principio al adquirente de la obra su destrucción.

En Francia —Vid. Henri Desbois, *Le Droit d'Auteur en France*. 3.^a ed. París, 1978, págs. 545 y ss.; Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique*. 2.^a ed. Dalloz. París, 1980, págs. 145 y ss.—, aunque la Ley de 11 de marzo de 1957 tampoco concede una protección específica al autor de una obra plástica frente a su destrucción, la jurisprudencia ha venido reconociendo esa protección frente al capricho del propietario de la obra material cuando su destrucción no responda a una conducta razonable, de acuerdo con sus necesidades y circunstancias. En la casuística de los diversos casos que han sido considerados antes y después de la mencionada Ley se han ponderado diversas circunstancias: que la obra fuese o no el fruto de un encargo, que estuviese o no destinada a exponerse en un lugar público o privado, que su propietario material fuese un sujeto jurídico privado o público, que incidiesen en el conflicto problemas de seguridad o de degradación material de la obra. Frente a las necesidades del propietario material se ha entendido oportuno conceder una oportunidad al artista para dar una solución a aquélla que salvase la destrucción de la obra, incluida la facultad de compra de la misma. Semejante protección del autor se ha basado sobre el derecho de éste a la

divulgación de la obra (arts. 19 y 29 de la Ley), al respecto de la misma y a la protección de su reputación (art. 6.^o de la Ley). La Ley de 1957, al atribuir a los jueces y tribunales la facultad de adoptar cualquier tipo de medida que estimen apropiada para poner fin en tales casos a un abuso del propietario material de la obra (arts. 20 y 29), ha venido a facilitar la solución de semejantes conflictos.

De lo expuesto hasta aquí se deduce que la protección de los artistas frente a la destrucción de su obra plástica no es algo clara e indiscutiblemente asumido en el derecho comparado y en los convenios internacionales sobre la materia. Por otra parte, esa protección, cuando se admite, se relaciona con la existencia efectiva de un perjuicio a la reputación del artista. Todo lo cual me lleva a albergar serias dudas sobre la posibilidad de que el art. 20.1.b) de nuestra Constitución sea base suficiente para conceder semejante facultad a los artistas y semejante limitación a los propietarios materiales de sus obras plásticas.

En el tercer considerando de la sentencia (*in fine*) se nos dice que la regulación específica del derecho de autor es algo que corresponde a la legislación ordinaria, de acuerdo con los arts. 24.1 y 53.1 de la propia Constitución. La necesidad de acudir al régimen legal de los derechos fundamentales para decidir los recursos de amparo es algo que ya ha señalado el propio Tribunal Constitucional (STC. 8/85, de 25.1, sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Truyol Serra. «B.O.E.» 12.2. F. J. 3.^o):

«Al examinar y decidir los recursos de amparo... este Tribunal debe aplicar los preceptos de la constitución, en los que los referidos derechos constitucionales se encuentran consagrados y definidos, y también el régimen jurídico normativo de carácter subconstitucional que regule en cada momento uno de los mencionados derechos, pues en la vía de amparo es misión del Tribunal interpretar la Constitución, pero también, y sobre todo, preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos, de acuerdo con su propio régimen jurídico, cuando éste exista, o produciendo en el régimen legal los reajustes que sean necesarios por la vía de una interpretación de los preceptos legales conforme con la Constitución o, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad».

De ahí que se haya puntualizado acertadamente —creo yo— que «para que la Constitución sea aplicable directamente será necesario además que el legislador no haya hecho uso de la potestad que se le reconoce en el artículo 53.1 para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando, por supuesto, su contenido esencial» (Luis Díez Picazo, *Constitución, Ley, Juez. Rev. Española de Derecho Constitucional*, número 15, sep.-dic. de 1985 página 20).

Lo único que puede garantizar, en su caso, directamente la Constitución es ese contenido esencial de cada derecho fundamental al que se refiere el artículo 53.1 de la misma (STC. 77/85, de 27 de junio. Pleno. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 17 de julio. Fundamento Jurídico núm. 9; aunque la STC. 83/84, de 24 de junio —Pleno. Ponente: Excelentísimo Sr. D. Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 24 de agosto, Fundamento Jurídico núm. 3, párrafo 4.— parece dar a entender que no existe

tal garantía directa). Pues bien, no resulta claro que, interpretado el artículo 20.1.b) en consonancia con lo previsto en el artículo 10.2, ambos de la Constitución, corresponda al contenido esencial del derecho fundamental, reconocido en aquél, la facultad de oponerse a la destrucción o alteración de la propia obra plástica y, consecuentemente, la necesidad de contar a tal efecto con el consentimiento del artista.

A las razones hasta aquí expuestas cabe añadir las siguientes consideraciones. Una interpretación literal, sistemática, acorde con los antecedentes (trabajos parlamentarios) y finalista, induce a pensar que el artículo 20.1.b) de la Constitución pretende proteger directamente una forma más —entre otras contempladas en el propio artículo— de la libertad de expresión, y no la propiedad intelectual, aunque ésta reciba, de forma derivada, también un determinado reconocimiento. Y así se viene a esbozar al comienzo del tercer considerando de la sentencia: «siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas». Abundando en la mencionada interpretación, podría resultar chocante que mientras la propiedad privada material (art. 33 de la Constitución) no es objeto de la protección especial que dispensa el artículo 53.2 de la Constitución, en cambio sí que lo fuese la propiedad privada intelectual (al margen de la libertad de expresión artística que se refiere a un tema distinto, aunque conexo, y cuya mayor protección y superior valoración frente a la propiedad privada sí que parecen razonables en un Estado social y democrático de Derecho que propugna, entre otros valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad (art. 1.º.1 de la Constitución)). Por último, conviene recordar que, aunque es evidente —al menos para mí, y así lo señalo más arriba— que el respeto de los derechos fundamentales vincula por igual a los poderes públicos y a los sujetos privados, esa vinculación se produce de forma diferente en relación con estos últimos, en la medida que hay que tener en cuenta la incidencia de la autonomía privada (que también constituye un valor constitucional: economía de mercado del artículo 38 de la Constitución). Así se recoge en las sentencias del Tribunal Constitucional que he citado en relación con la configuración de los derechos fundamentales frente a los demás sujetos privados. Si se tiene en cuenta esa modificación del tratamiento de los derechos fundamentales, cabe plantearse hasta qué punto constituye una exigencia constitucional (del artículo 20.1.b)) que los artistas de obra plástica puedan reivindicar una propiedad incorporal, a pesar de haber enajenado voluntariamente las obras de las que son autores.

Federico de Castro, refiriéndose al fallo de la STS. de 21 de junio de 1965, contrario al recurso de casación de don Pablo Serrano Aguilar y de esa propiedad incorporal o residual del artista, valoraba positivamente la solución dada, de rechazo de la mencionada propiedad residual: «Solución bien fundada en Derecho y acertada, teniendo en cuenta la valoración de los mismos intereses en juego». (*Temas de Derecho Civil*. Madrid, 1972. Vid. pág. 23). Añadía en nota el siguiente comentario: «Posiblemente, en la práctica, esta decisión ha sido la mejor para los intereses de los artistas. Se dificultaría gravemente el comercio de obras de arte modernas, si el adquirente se encontrase con tal limitación del derecho de propiedad en lo que encarga

o compra; con el gravamen de la propiedad residual o condominio del artista, de facultades indefinidas o arbitrarias».

El comentario transscrito tiene la virtud de poner en evidencia —entre otras cosas— la estrecha relación que existe entre los intereses patrimoniales y los intereses morales en el derecho de autor. De ahí que yo coincida con el ponente de la sentencia y con la mayor parte de la doctrina, al afirmar que el derecho de autor no es propiamente un derecho o un bien de la personalidad (Vid. la sucinta exposición que hace de las posiciones doctrinales en esta materia Carlos Rogel Vide, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Studia Albortoniana. Bolonia, 1985, págs. 54 a 56). Ello implica —según el considerando 5.^º de la sentencia (ya lo hemos visto)— que no sea aplicable al caso, subsidiariamente, la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Posiblemente se trate de un razonamiento excesivamente esquemático. Aunque el derecho de autor no sea un bien o un derecho de la personalidad, ello no impide que, en su caso, no pueda existir una intromisión ilegítima en el honor de un artista a través de una actuación sobre una de sus obras. El problema consiste en saber si semejante intromisión ilegítima existe cuando un particular destruye (o retira del lugar al que originalmente estaba destinada) una obra de arte porque no satisface sus exigencias estéticas. Habida cuenta que no resulta de la sentencia que comento (ni de su antecedente, la sentencia de 21 de junio de 1965) que la conducta de la entidad demandada, Industrias Turísticas, S. A., se llevase a cabo con especial publicidad o notoriedad (fuera de la necesariamente derivada de su emplazamiento en el «hall» de un hotel), no parece fácil admitir la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del artista autor de la obra, don Pablo Serrano Aguilar.

El artículo 6.^º bis, apartado 1, de la Unión de Berna ya tenía la misma redacción actual, antes reproducida, en el momento de surgir el conflicto entre don Pablo Serrano Aguilar e Industrias Turísticas, S. A., a partir de la conferencia de Bruselas de 26 de junio de 1948. El texto de dicha revisión de la Unión ya había sido ratificado en aquel momento por España. No obstante, frente a su alegación en los motivos del recurso el Tribunal Supremo objetó lo siguiente: «... mientras los acuerdos de la citada conferencia no se desenvuelvan en disposiciones posteriores, son conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaraciones de derecho, y como en España no se ha adaptado aún la legislación de propiedad intelectual al citado convenio, el que no se ha desenvuelto en normas legales, el mismo no puede servir para el reconocimiento del derecho que pretende el recurrente al no existir la disposición legal que específicamente lo sanciona y ampara....» (segundo considerando).

Es cierto que en aquel momento no estaba vigente el actual artículo 1.5 del Código Civil. Pero, según parece, dicha innovación introducida en el Título Preliminar de aquél por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, no supuso sino confirmar una jurisprudencia constante (Vid. *Comentarios a las Reformas del Código Civil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1977, pág. 123). De ahí que se eche en falta las razones por las que nuestro Tribunal Supremo entendió que el

Acta de Bruselas de la Unión de Berna no admitía una aplicación directa de la misma. La interpretación de la misma no parece llevar a semejante conclusión. Algunos de sus preceptos carecerían de pleno sentido si se entiende de que no producen directamente derechos y deberes a los ciudadanos de los países que procedan a su ratificación. Así ocurre con el artículo 4.º.1 del Acta de Bruselas: «Los autores pertenecientes a uno de los países de la Unión gozan, para sus obras, en los países que no sean el de origen de la obra del artista (art. 4.º.5: en las esculturas se considera país de origen de la obra la del artista, salvo aquellos que se incorporan a un inmueble, en cuyo caso el país de origen será aquel donde se encuentre el inmueble)... de los derechos que sus leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a los nacionales, así como los derechos especialmente acordados por el presente convenio» (el subrayado es mío). Lo mismo ocurre con el artículo 6.º.1: «Los autores que no pertenezcan a uno de los países de la Unión gozarán, en el país de la Unión en el que publiquen por primera vez sus obras, de los mismos derechos que los autores nacionales, y en los demás países de la unión, de los derechos acordados por el presente Convenio» (el subrayado es mío) —aunque este precepto no es aplicable a las obras plásticas—. Lo mismo ocurre en la redacción actual del Acta de París de 24 de julio de 1971 —art. 5.º.1—, aunque el artículo 36 produce una cierta confusión en cuanto a la aplicación directa del Convenio: «Los países parte de este Convenio se comprometen a adoptar... las medidas necesarias para asegurar su aplicación.

Se entiende que en el momento en el que un país se vincula por el presente Convenio, debe estar en condiciones, conforme a su legislación interna, de dar eficacia a sus disposiciones».

Cuando el texto del Convenio garantiza los derechos en él reconocidos a determinados sujetos, yo me inclinaría por entender que en ese aspecto el Convenio es de aplicación directa. Ello ciertamente supone un cambio importante con respecto al valor (meramente programático) que el Tribunal Supremo reconocía a la Conferencia de Bruselas y al texto derivado de la misma para la Unión de Berna. Si esa hipótesis que defiendo fuese correcta, ello querría decir que, mientras determinados artistas extranjeros estarían protegidos en España por el artículo 6.º.b, apartado 1, de la Unión de Berna, siendo consecuentemente titulares de un derecho moral de autor con el contenido recogido en dicho precepto, en cambio los artistas españoles no gozarían de esa misma protección. Que ello fuese así en 1965 podía ser valorado negativamente, pero carecía de consecuencias jurídicas directas. Por el contrario, actualmente ello supondría posiblemente una violación del artículo 14 de la Constitución, en la medida en que nos encontrariamos con un trato jurídico desigual (entre artistas nacionales y extranjeros) sin justificación suficiente o razonable. (Sentencias del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 14 de agosto. Vid. Fundamento Jurídico 3, último párrafo—, 162/1985, de 29 de noviembre —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Díez Picazo. «B.O.E.» de 17 de diciembre. Vid. Fundamento Jurídico 2)—, 180/1985, de 19 de diciembre —Sala 2.ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llo-

rente. «B.O.E.» de 15 de diciembre. Vid. *Jundamento Jurídico 2—, 8/1986*, de 21 de enero —Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 12 de febrero. Vid. *Fundamento Jurídico 4*). Hay que tener en cuenta que de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de igualdad resulta que ésta debe restablecerse mejorando al discriminado y no empeorando al (en términos comparativos) privilegiado: *Sentencias 80/1982*, de 20 de diciembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 15 de enero de 1983), 7/1983, de 14 de febrero (misma sala y mismo ponente. «B.O.E.» de 9 de marzo), 86/1983, de 26 de octubre (misma sala y mismo ponente. «B.O.E.» de 7 de noviembre), 98/1983, de 15 de noviembre (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 2 de diciembre).

El Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)» se extienden también a los extranjeros. Así lo ha declarado en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Rubio Llorente. «B.O.E.» de 21 de diciembre. *Fundamento Jurídico 3*) con respecto al artículo 14 de la Constitución, y en la sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 5 de noviembre. Vid. *Fundamento Jurídico 2^a*, párrafo 2.^a) con respecto al artículo 24.1 de la Constitución. No parece, pues, que en este caso, el hecho de que la desigualdad se establece entre españoles y extranjeros pueda resultar justificada razonablemente.

Semejante violación del artículo 14 si que produciría, por vía indirecta, la violación del artículo 20.1.b) de la Constitución (producción y creación artística), si se entendiese que, en efecto, el artículo 6.^a.b de la Unión de Berna protege a los artistas frente a una destrucción con las características y en las circunstancias del caso que nos ocupa. Esta incidencia de la violación del artículo 14 CE en los demás derechos fundamentales y libertades públicas ha sido claramente reconocida por el T. C. (Sentencia 39/86, de 31 de marzo. Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. *Fundamento Jurídico 2^a.B*), pár. 2.^a, refiriéndose a la libertad sindical —art. 28.1.CE—: «La eventual violación del principio de igualdad había tenido lugar en la medida en que asegura el igual disfrute de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos, por lo que, cuando el derecho en cuestión —la libertad sindical—, se restringe para unos sindicatos y para otros no y no se aporta argumentación suficiente para justificar la restricción, quedan vulnerados a la vez el artículo 14 de la Constitución y el que consagra el derecho o libertad sustantivo».

Parece que este posible aspecto de la cuestión no se planteó en los motivos del recurso, por lo que tampoco fue abordado en la sentencia. No obstante, dada la tesis adoptada por la sentencia en cuanto al cauce jurisdiccional apropiado para el caso, la alegación del artículo 14 de la Constitución no habría alterado probablemente la apreciación de incompetencia de jurisdicción, puesto que el derecho a la igualdad tampoco aparece recogido expresamente ni en el artículo 1.^a.2 de la Ley 62/1978 ni en el Real Decreto Legislativo 342/1979, que amplía el ámbito de aplicación de aquélla.

Como ya he dicho más arriba, del artículo 6.^o b, apartado 1, no resulta necesariamente la existencia de una protección general de los artistas frente a una destrucción de sus obras. De ahí que, en el supuesto de aplicación a nuestro caso, por vía del artículo 14 de la Constitución, no pueda deducirse necesariamente la existencia de una violación del derecho moral de autor de don Pablo Serrano Aguilar. Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro supuesto de hecho, el de la sentencia comentada, no es exactamente la destrucción de la obra, sino el desmontaje de la misma y almacenamiento de sus piezas. También aquí se reconduce el tema a la protección de la obra en la medida en que ello pueda repercutir en el honor o reputación del artista. Como se apunta en la doctrina francesa, a la que antes me he referido, yo no creo que se pueda dar una contestación general. La ponderación de las circunstancias parece decisiva para determinar la existencia de una lesión del derecho moral de autor. Lo que sí cabe decir es que ni en las motivaciones ni en la conducta de la entidad «Industrias Turísticas, S. A.» existió ánimo de lesionar, ni tan siquiera el mero capricho: entender que una determinada escultura no es adecuada para una determinada decoración parece que es una opción legítima en principio para el propietario de un hotel, máxime cuando se canaliza a través de la mera retirada y almacenamiento de la obra en vez de por su destrucción (el desmontaje parece venir impuesto por el tamaño y configuración de la obra, una vez decidida la retirada de su emplazamiento original). Por otra parte, la entidad demandada alegó que lo realizado no se ajustaba al boceto elegido previamente por ella para el encargo de la obra (1.^{er} considerando de la sentencia y 2.^o resultando de la STS de 21 de junio de 1965). En el primer considerando de la sentencia se nos dice que la entidad demandada ordenó desmontar la escultura «guardando sus elementos componentes en un almacén, *ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar*» (el subrayado es mío). De ser este último extremo cierto (lo que no queda aclarado en la sentencia), creo que su consideración podría tener carácter decisivo para descartar la existencia de una hipotética lesión del derecho moral de autor o derecho residual de propiedad. Como ya he dicho antes, no parece que la retirada y desmontaje de la escultura se hiciese de forma llamativa o con publicidad que pudiese perjudicar la reputación del artista. En el quinto y último fundamento jurídico del voto particular se observa que no se ha acreditado en el procedimiento, ni puesto de manifiesto «en el desarrollo y fundamentación de los indicados dos motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del autor» (*in fine*).

El mismo problema se planteará si —como es previsible— se aprueba y entra en vigor una nueva Ley de Propiedad Intelectual que recoja lo previsto sobre esta materia en el proyecto que se ha venido tramitando en las Cortes. En efecto, el artículo 14 de dicho proyecto, reproduce casi literalmente en su apartado 4.^o el artículo 6.^o b de la Unión de Berna: «El autor goza de las siguientes facultades irrenunciables e inalienables: 4.^o Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a

su reputación». Además, la disposición transitoria 4.^a del proyecto prevé que lo dispuesto en los artículos 14 a 16 sea «de aplicación a las obras creadas antes de su entrada en vigor». Al margen pues del resultado al que pueda conducir el litigio en el que se inserta la sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada (ante la hipótesis de que se haya interpuesto un recurso de amparo), es evidente que la entrada en vigor de semejantes textos legales planteará el problema en relación con el supuesto de hecho cuestionado, de si el desmontaje de la escultura de don Pablo Serrano Aguilar y la situación en que la misma se encuentra (sus piezas desmontadas se encuentran almacenadas) constituye o no un atentado contra la obra que perjudique los legítimos intereses o la reputación del artista.

El hecho de que, en verdad, no se tratase propiamente de un caso de destrucción de la obra, sino de un desmontaje de la misma para su almacenamiento, no sólo implica un mayor respeto y consideración de la obra y de su autor, sino que, además, frente al supuesto de destrucción, es lo que permite plantear por segunda vez el conflicto sobre la base de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y su eficacia inmediata. Paradójicamente, la destrucción total no podría haber generado responsabilidad alguna mientras que el desmontaje y almacenamiento de la obra, al ser una situación que se prolonga en el tiempo, sí que deja abierta la posibilidad de reclamar tal responsabilidad.

Como se recordará, la entidad demandada opuso, como cuestión previa también, junto a la incompetencia de jurisdicción, la excepción de cosa juzgada, basada en la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965. Al ser apreciada la incompetencia de jurisdicción en ambas instancias y en casación, no existe en ninguna de las sentencias correspondientes, incluida la del Tribunal Supremo, objeto de este comentario, referencia alguna a este tema. Solamente es abordado en el Fundamento Jurídico 4.^º del voto particular. En él se nos dice que no existe cosa juzgada, pues no concurre, entre uno y otro procedimiento, la misma «causa pretendida», como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución y su eficacia inmediata con respecto a las situaciones existentes, aunque procedan de una situación anterior. La disposición transitoria 4.^a del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual concuerda con semejante criterio, como hemos visto, puesto que prevé la extensión de los derechos morales que se reconocen en el texto del Proyecto a todas las obras creadas antes de su entrada en vigor (prescindiendo de que dentro de esos derechos morales puede quedar subsumida la exigencia del demandante, don Pablo Serrano Aguilar). A sensu contrario, puede entenderse que semejante texto admite tácitamente que esos derechos morales no existen previamente (al amparo del artículo 20.1.b de la Constitución).

Son múltiples las Sentencias del Tribunal Constitucional que han venido a afirmar una retroactividad de tipo medio para la Constitución o eficacia inmediata de la misma. La Sentencia 9/1981, de 31 de marzo (Sala 1.^º. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. «B.O.E.» de 14 de abril), después de hacer una amplia exposición en su Fundamento Jurídico 3, de la importancia de la Constitución, de su eficacia inmediata y de su eficacia re-

troactiva, añade lo siguiente en los párrafos 6.^º y principio del 7.^º de dicho Fundamento Jurídico:

«...es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta, las peculiaridades del mismo...».

La misma doctrina se reitera en las sentencias 10/1981, de 6 de abril (Sala 1.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. «B.O.E.» de 14 de abril. Vid. Fundamento Jurídico 7), 80/1982, de 20 de diciembre (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente), 8/1983, de 18 de febrero (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra. Vid. Fundamento Jurídico 3, *in fine*), 42/1984, de 23 de marzo (Sala 2.^a. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente. «B.O.E.» de 25 de abril. Vid. Fundamento Jurídico 3) y en el Auto 384/1984 (Sala 1.^a. Sección 1.).

De la jurisprudencia expuesta me importa destacar, abundando en ella con el ejemplo que nos brinda la última sentencia citada, la afirmación contenida al comienzo del Fundamento Jurídico 7.^º de la sentencia 9/81 de 31-III en relación con el contenido de aquélla: «Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo». El supuesto que nos ocupa es ciertamente peculiar: obra escultórica que se encuentra desmontada y almacenada. ¿Si se parte de la base de que la actuación en cuestión es contraria al artículo 20.1.b —cosa que yo dudo, como ya he dicho— habría que concluir —como lo hace el voto particular de la sentencia— que la eficacia inmediata de la Constitución determina su aplicación a dicho caso? Semejante efecto retroactivo de la Constitución en este caso me resulta problemática. Mis dudas se relacionan de nuevo con una valoración de la protección que en verdad la Constitución pueda dispensar al derecho moral de autor a través del artículo 20.1.b) de la misma (y más concretamente el derecho moral que pueda existir en este caso frente al propietario material de la obra). En definitiva, como en esa misma jurisprudencia constitucional se expone, la retroactividad o eficacia inmediata de la Constitución viene impuesta por la defensa del nuevo orden de valores que aquélla introduce y a la incompatibilidad de los mismos con las situaciones preexistentes que se prolonguen en el tiempo. Pues bien, me resulta dudosamente admitir que la situación creada por la actuación de la parte demandada con respecto a la obra escultórica del demandante sea tan contraria y antagónica con el nuevo orden de valores constitucionales que ello pueda requerir esa aplicación inmediata y retroactiva de la Constitución. Con ello quiero decir que, aún admitiendo que semejantes valores queden protegidos por el artículo 20.1.b), pienso que su protección inmediata, incluidos los supuestos ya creados al amparo de la legislación anterior, no cons-

tituyen una consecuencia evidente de la entrada en vigor del nuevo orden político, social y jurídico representado por la Constitución.

En el voto particular se accede básicamente a las peticiones del demandante. De ahí que en el fallo del mismo se condene a «Industrias Turísticas, S. A.», a poner a disposición del demandante «los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la Luna en el Fondo del Mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte», «pero con pleno respeto al derecho de propiedad derivado de adquisición por las tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que, como ya expresamente reconoce el recurrente en el... segundo de los motivos..., la recomposición de la obra artística... es del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del «Corpus mecanicum», o sea de la obra material..., que de producirse discrepancias en cuanto a quien corresponde o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar... no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor» (Fundamento Jurídico 4º, *(in fine)*). Además —creo yo— cualquier pronunciamiento sobre tales aspectos patrimoniales incurría en incongruencia, puesto que el suplico de la demanda no se refería para nada a los mismos. Semejante fallo, acorde con el petitum de la demanda, pone de relieve la complejidad que este tipo de supuestos presenta para solucionarlos cuando se entiende que, en efecto, existe una lesión del derecho moral de autor. Salta a la vista que queda como problema pendiente la determinación del lugar en el que la escultura reconstruida debe instalarse y, en su caso, si no existe acuerdo sobre el mismo, la posibilidad de que el autor pueda recuperar la propiedad dominical de la escultura y los términos económicos en que dicha recuperación pueda producirse. Recuérdese cómo precisamente la Ley Francesa permite un amplio margen de discrecionalidad a los jueces y tribunales con respecto a esta materia. Es evidente que, en el caso de haber prosperado el criterio del voto particular, la sentencia habría dejado abierto probablemente un segundo conflicto.

CLAUSULA DE REVISION ARRENDATICIA SOBRE LA RENTA CONSOLIDADA Y NO SOBRE LA RENTA BASE

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1985)

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones judiciales.—2. La renovación del contrato y su cambio de régimen legal.—3. El cambio de renta del contrato y no el pacto de su elevación.—4. La cláusula de estabilización pactada para la nueva renta del contrato de arrendamiento de local de negocio.—5. Los presupuestos para contabilizar la cuantía de la renta en las cláusulas de estabilización.

1. *El caso de autos y las decisiones judiciales*

Las partes contratantes suscriben un contrato de arrendamiento urbano de un apartamento, en régimen de temporada durante seis meses, el primero de marzo de mil novecientos ochenta, por una renta de veinte mil pesetas mensuales. En documento aparte, y sin fecha, los contratantes convienen que a partir del 1 de marzo de 1980 se renueva el contrato en cuanto a su destino y a su renta; el destino será de consultorio médico (ya que lo son los tres arrendatarios), así como de alojamiento, conservándose el mobiliario inventariado; en legítima contraprestación la renta pactada se sube a setenta mil pesetas mensuales, lo que no impedirá, se dice, que a los puros efectos oficiales se siga utilizando el contrato original y los recibos con la renta en él figurada (veinte mil pesetas) y, cualquiera que sea la renta señalada, tendrá carácter liberatorio en relación a los meses a que corresponda; y, finalmente, que caso de prórroga se revisará la renta adaptándola a las oscilaciones del coste de la vida, según índices del Instituto Nacional de Estadística, que se aplicarán sobre la renta consolidada, no sobre la renta base.

Al ser impagadas por los arrendatarios las mensualidades de la renta correspondientes a los meses de mayo de mil novecientos ochenta y uno y los siguientes, así como el incremento derivado de la cláusula de revisión, y, formulada la pertinente demanda judicial, el Juez de Primera Instancia la admite, si bien, por sentencia de apelación ante la Audiencia territorial se desestima; no obstante, considera la nulidad parcial del contrato relativa al precio.

El arrendador interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es acogido, y, que acepta los razonamientos del Juez de Primera Instancia, en cuanto base de su sentencia estimatoria de la demanda. Entre otros considerandos, la actual sentencia afirma "que el texto del segundo contrato, que la propia Sala de instancia declara ser el defini-

tivo, como novación del anterior, resulta ser claro y meridiano al decir en su cláusula tercera que la renta queda establecida en legítima contraprestación en setenta mil pesetas mensuales; sin perjuicio de seguirse extendiendo los recibos con la cuantía o renta figurada en el contrato novado, es decir, veinte mil pesetas, recibos que tendrán carácter liberatorio en relación a los meses a que correspondan, con lo cual, y por las razones que fueren, se está estableciendo de común acuerdo una nueva renta, aunque se haga figurar la anterior, nueva renta que aparece causalizada con la expresión "en legítima contraprestación" que usa la cláusula y a su vez garantizado el efecto liberatorio, es decir, justificativo del pago de la renta con la sola posesión del recibo por los arrendatarios: todo lo cual, evidentemente, ni es oscuro, ni sibilino, ni abusivo, sino solución de equivalencia o compensación al cambio jurídico del contrato, que pasa, por la novación, de ser un arrendamiento de temporada regido por la Ley común a uno de locación de local de negocio, sujeto a la Ley especial de arrendamientos urbanos, con lo que ello supone en detrimento del arrendador".

Por último, se añade que "en armonía con lo que se ha dicho, no puede estimarse que la nueva renta pactada lesione el derecho de prórroga legal, por ser excesiva o abusiva, que no lo es según se ha visto, sino en verdad autorizada por lo dispuesto en los artículos noventa y siete y noventa y ocho de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que permite la elevación de rentas y sin olvidar que, en realidad, lo que se hizo fue no un pacto de elevación, sino una novación, un contrato nuevo con la renta a él correspondiente, libremente pactada y, además, con una cláusula de revisión lícita en cuanto prevé la misma en los supuestos de alza o baja en el coste de la vida (Sentencia de 22 junio 1984 y 23 enero 1985); razones por las cuales debe estimarse el motivo y con ello el recurso en su totalidad, con las prevenciones del artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En esta Sentencia del Tribunal Supremo aparecen diversas cuestiones, entre las que debemos de destacar tres especialmente. La primera es la correspondiente al acto de alquilar un apartamento amueblado bajo el régimen especial de temporada turística, cuyo contrato de arrendamiento se rige por el ordenamiento de Derecho común o Código civil, si bien, posteriormente, por novación entre las partes, se alquila como consultorio médico y se convierte así en un arrendamiento de local de negocio regido por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

La segunda cuestión es la de pactar una renta diferente para el nuevo contrato de arrendamiento, que cambia de destino (de vivienda a local de negocio), preveyéndose, además, que en caso de prorrogarse, se revisará dicha renta adaptándola al coste de la vida, según los índices obtenidos por el "Instituto Nacional de Estadística".

La tercera cuestión se refiere a la manera operativa en que se ha de llevar a cabo la actualización de la renta pactada, cuando se determina que los índices correspondientes del coste de la vida "se aplicarán sobre la renta consolidada, no sobre la renta base".

2. *La novación del contrato y su cambio de régimen legal*

La primera cuestión que resuelve el Tribunal Supremo es la que presentan los dos convenios llevados a cabo por las partes, respecto al apartamento contratado en arrendamiento: primero en régimen de temporada, después, acogiéndose al régimen ordinario, no sólo por la ulterior permanencia de los arrendatarios, sino también por el cambio de uso que hacen de dicho apartamento, al ser destinado a consultorio médico. Ante tales hechos, la Sentencia deduce que estamos en un "cambio jurídico del contrato, que pasa, por la novación, de ser un arrendamiento de temporada regido por la ley común a uno de locación de local de negocio, sujeto a la Ley Especial de Arrendamientos Urbanos".

Efectivamente, el contrato de arrendamiento urbano primeramente convenido, al ser de temporada, se regía por lo establecido en los artículos 1.546 a 1.574, en general, y por los artículos 1.580 a 1.582, en particular, del Código civil, mientras que, en virtud de la novación realizada por los contratantes, se pasa a estar sometido al régimen especial o extravagante vigente de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Este cambio de régimen legal para el contrato de arrendamiento urbano fue reconocido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como después, en apelación, por la Audiencia Territorial, en base a que debe prevalecer la modificación novatoria de lo acordado por las partes en cuanto al destino de lo arrendado.

Los arrendatarios, que en su reconvención ante la Audiencia, solicitaban la nulidad total del "apéndice" contractual, o sea, de lo pactado separadamente del primer contrato de arrendamiento de temporada, es decir, del arrendamiento posterior destinado a consultorio médico, no lograron sentenciarse una nulidad parcial, puesto que se consideró la validez del contrato como un todo unitario, resultando ser el texto del segundo contrato el definitivo, en cuanto novatorio del anterior.

3. *El cambio de renta del contrato y no el pacto de su elevación*

Transcurridos los seis meses de duración del contrato de arrendamiento urbano de temporada, y ya vigente el novado, los arrendatarios se negaron a pagar la nueva renta pactada que, de veinte mil pesetas, pasaba a setenta mil mensuales, considerando que se trataba de una cláusula de elevación de renta nula por contravenir abiertamente el derecho de prórroga forzosa establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el artículo sexto, tres, del Código civil.

Ante ello, consecuentemente, la Sentencia, frente a lo sancionado por la Audiencia, hace ver que el texto del segundo contrato, que la propia Sala de Instancia declara ser el definitivo, como novatorio del anterior, resulta ser claro y meridiano al decir en su cláusula tercera que "la renta queda establecida en legítima contraprestación en setenta mil pesetas mensuales", con lo cual, se está estableciendo de común acuerdo una nueva renta.

Además, declara la Sentencia, "si bien se mira, es constituir y sancionar una solución reñida con la propia lógica del contrato, que ya justifica el mero precio o renta al establecer otra equivalencia de las

prestaciones” No existe desequilibrio en la economía del contrato —añade la sentencia—, pues, no se concede y otorga más de lo pedido por los arrendatarios en su reconvención, ya que la mera legalidad extrínseca procesal de conceder menos de lo pedido por los arrendatarios en cuanto a la nulidad parcial del contrato novatorio —según se razonó al estudiar el motivo primero— no puede convertirse de hecho en la concesión de un “plus” para los mismos, como lo sería mantener un bajo precio o renta (por la nulidad parcial de la renta nueva) y a la vez la consagración judicial del contrato novado como de local de negocio.

Efectivamente, los arrendatarios no eran consecuentes con lo pactado, tratando de involucrar unitariamente las dos situaciones distintas que como tales arrendatarios tuvieron para su primer contrato de temporada, en cuanto a su renta, y, la sucesiva, por novación, respecto de la nueva renta, que nunca podía ser la anterior más elevada; se trataba, pues, de una nueva renta, “sin olvidar —dice la Sentencia— que en realidad lo que se hizo fue, no un pacto de elevación, sino una novación, un contrato nuevo con la renta a él correspondiente, libremente pactada”.

Tampoco puede estimarse, según el Tribunal Supremo en esta sentencia, “que la nueva renta pactada lesione el derecho de prórroga legal, por ser excesiva o abusiva, que no lo es según se ha visto, sino en verdad autorizada por lo dispuesto en los artículos noventa y siete y noventa y ocho de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que permiten la elevación de renta”.

Efectivamente, la novación de un contrato conlleva un nuevo planteamiento de sus modalidades personales, reales y formales; por tanto, en lo referente a la renta, cabe se configure y se pacte de nuevo su importe más bajo o más elevado, en concordancia con los precios del mercado o de la rentabilidad proporcional y conmutativa que las partes tengan por conveniente y la acepten mutuamente.

4. La cláusula de estabilización pactada para la nueva renta del contrato de arrendamiento de local de negocio

La novación del contrato de arrendamiento de temporada por el de local de negocio, además de pactarse una nueva renta más elevada, en función del nuevo destino, las partes prevén para el supuesto de que, concluido el contrato, se prorrogue por los arrendatarios, el que dicha renta se adecúe o revise “adaptándola a las oscilaciones del coste de la vida, según índices del Instituto Nacional de Estadística”.

Esta modalidad de pacto sobre la renta se trata de una “cláusula de estabilización”, o de “escala móvil”, o “indiciada”, que tiene por objeto actualizar la suma o cuantía de la renta del contrato de acuerdo con los índices porcentuales reveladores del poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Que es una “cláusula de estabilización” la que pactaron las partes y no una “cláusula de elevación” de la renta —según propugnaron los arrendatarios para alegar su nulidad y la lesión de su derecho a la prórroga forzosa—, se reconoce así porque se trata de una cláusula con efectos de revisión adaptada a las oscilaciones del coste de la vida, o sea, ambivalente, que tanto puede corregir la cuantía de la renta res-

pecto a su alza o a su baja manteniendo el adecuado equilibrio o compatibilidad de la prestación de las partes.

En base a estos criterios, la Sentencia actual manifestará que "no puede estimarse que la nueva renta pactada lesioné el derecho de prórroga legal, por ser excesiva o abusiva, que no lo es según se ha visto, sino en verdad autorizada por lo dispuesto en los artículos noventa y siete y noventa y ocho de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que permiten la elevación de las rentas y sin olvidar que en realidad, lo que se hizo no fue un pacto de elevación, sino una novación, un contrato nuevo con la renta a él correspondiente, libremente pactada y, además, con una cláusula de revisión lícita, en cuanto prevé la misma en los supuestos de alza o baja del coste de la vida".

La actual Sentencia deslinda perfectamente lo que los arrendatarios pretendían involucrar en ambas relaciones arrendaticias: la primera, pactada para un arrendamiento de temporada; la segunda, pactada para explotar el arrendamiento como local de negocio. Consecuentemente, las propias partes habían convenido rentas de cuantía diferente, en base a libertad de fijación de la misma, tanto por el régimen del Código civil (art. 1.555), como por el régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 97).

De aquí que la renta primeramente pactada fuese tan lícita como la segunda, además de convenir para el futuro (en caso de prórroga del contrato) mediante la cláusula estabilizadora, la revisión posterior de dicha renta. Por tanto, la alegación que hacían los arrendatarios de la nulidad de dicha cláusula como de elevación de renta que contravenía el derecho de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la LAU, en relación con el artículo 6, 3.^º del C. c., era inestimable. Así lo declara el Tribunal Supremo en esta Sentencia cuando afirma que se trata de "una cláusula de revisión lícita, en cuanto prevé la misma en los supuestos de alza o de baja del coste de la vida".

5. *Los presupuestos para contabilizar la cuantía de la renta en las cláusulas de estabilización*

La tercera cuestión a examinar en esta Sentencia es la referente a la manera de cómo se ha de llevar a cabo el cálculo operativo de adecuación de la renta convenida para cada período y sus índices de actualización.

Es esta una cuestión que para la doctrina española de los últimos tiempos ha resultado un tanto polémica, sobre todo cuando las partes no han precisado la manera concreta de contabilizar la cuantía de la renta que se ha de hallar con posterioridad a la primera estabilización. A este respecto, se presentan dos modalidades: a) La que realiza el cálculo partiendo siempre de la cantidad inicialmente fijada por los contratantes como renta base; b) La que realiza los cálculos posteriores sobre la renta precedentemente obtenida, o que queda consolidada.

c) Los autores que sostienen que la actualización de la renta de un

arrendamiento urbano (vivienda o local de negocio) debe llevarse a cabo, en línea de principio, sobre la base de la cuantía fija de la renta inicialmente pactada por los contratantes, aplicándoles el índice valorativo actual (o módulo de estabilización) que se produce al llegar cada período de revisión, creen que así ha de hacerse, frente a la otra modalidad de los aumentos lineales, fundamentalmente, por la razón jurídica de que mediante esta última modalidad de revisión de la renta se atentaría contra la posibilidad de ejercicio del derecho de prórroga legal que se le concede al arrendatario, mientras que ello no ocurriría del otro modo.

Hualde Sánchez (1), al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1984, que, por lo demás, mantendrá el criterio contrario —el de que opere el módulo o índice actualizador sobre la renta consolidada, o sea, la resultante de las anteriores revisiones—, si bien estima que, sin duda, es la conclusión lógica una vez configurado el pacto de revisión como pura cláusula estabilizadora e, incluso, la solución equitativa para el supuesto de hecho concreto por su objeto (toda una fábrica) y su duración (veintiséis años), no obstante, concluye que otra cosa es que esta doctrina pueda, sin más, generalizarse o interpretarse que toda cláusula de actualización de renta inserta en un contrato de arrendamiento urbano, considerada como cláusula de estabilización, supone el aumento acumulativo de renta; a esta conclusión se opone, dice, el derecho de prórroga forzosa tal como ha sido aplicado por la propia jurisprudencia en tema de cláusulas de actualización de renta.

También, Alamillo Sanz (2), refiriéndose a otra Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1981, cree que este alto Tribunal prohíbe los aumentos acumulativos en aquellos casos en que la cláusula se encuentra redactada en forma genérica; otro caso distinto, añade, sería cuando tal cláusula estabilizadora contemple expresamente el aumento acumulativo, en cuyo caso, en base a la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del Código civil, la estipulación sería plenamente válida, siempre y cuando su aplicación no hiciese vano el derecho a la prórroga forzosa, derecho que, como es sabido, informa como principio básico nuestro ordenamiento arrendatario especial.

La primera objeción a los anteriores razonamientos es que de casos concretos y diversos no se puede pasar a mantener una postura generalizada y concluir que "el Tribunal Supremo estima" o que "el Tribunal Supremo prohíbe", puesto que ambas sentencias no han constituido doctrina legal, al sentar distintos criterios y por ser exclusivas.

Tampoco es convincente el razonamiento de que "toda cláusula de actualización de renta inserta en un contrato de arrendamiento urbano, considerada como cláusula de estabilización, supone el aumento acumulativo de renta" y que "a esta conclusión se opone el derecho de prórroga

(1) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Arrendamientos urbanos: de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta: cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta. Comentario a la Sentencia de 22 de junio de 1984*, en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", 6 (1984), p. 1893.

(2) ALAMILLO SANZ, J. J., *La cláusula de estabilización en los arrendamientos sometidos a la ley especial*, en LA LEY, 1115 (1985), p. 1.

forzosa" (3), o que "tal cláusula estabilizadora contemple, expresamente el aumento acumulativo", "pero siempre y cuando su aplicación no hiciere vano el derecho a la prórroga forzosa" (4). A mi juicio, considerar que una cláusula de estabilización supone o conduce a un "aumento acumulativo" de la renta supone no distinguir bien su naturaleza jurídica y confundirlas con otras cláusulas, como pueden ser las pactadas para una mera elevación de la renta. Las cláusulas de estabilización, por adecuarse a la variable coyuntura económica, de alza o baja, que el índice refleja, jamás pueden tender a un aumento acumulativo, ya que también por su naturaleza ambivalente pueden implicar una disminución continuada; si bien la realidad económica hasta la actualidad ha sido de una inflación progresiva y, por tanto, de un aumento de valor constante de los índices o módulos estabilizadores, ello no conduce a que, al realizarse la estabilización de la renta, opere un "aumento acumulativo", sino una adecuación relativa con la coyuntura que, por ser inflacionista, es aumentativa, y, por ser persistente, se hace acumulable, pero cuya cuantía, por resultar mayor tampoco alcanza más poder adquisitivo, antes bien, lo pierde; de aquí que sólo por el aumento acumulativo de la suma de la renta sea posible mantenerla en la misma proporción y equivalencia de las prestaciones que originariamente pactaron las partes. Así, su consecuencia no puede ser tachada de especulativa, ni de abusiva, ni tan siquiera de desproporcionada, puesto que responde a las consecuencias generales de la economía del país y, en particular, adecúa la equivalencia inicial con la actual respecto a los intereses y prestaciones particulares. En definitiva, si una cláusula de estabilización lo que trata de reponer es la igualdad de intereses, no puede achacársele nunca que su aplicación puede hacer vano el derecho a la prórroga forzosa; puesto que el aparente aumento acumulativo de la renta lo será tan sólo en su aspecto cuantitativo —consecuencia de la inflación—, pero no cualitativamente al conseguir que resulte compensada la pérdida del poder adquisitivo de la renta inicial; de este modo, tal aumento acumulativo no introduce un valor mayor, abusivo o fraudulento que imposibilite al arrendatario el ejercicio de su derecho de prórroga, sino que la cuantía aumentada consigue mantener la misma proporción de intereses que fue pactada desde el comienzo del contrato; lo que no puede pretender un arrendatario, que previamente pactó para la vigencia del contrato una estabilización de la renta, es el aprovecharse posteriormente de un modo unilateral del beneficio que le otorga la inflación de la moneda al rebajar el poder adquisitivo de una suma fija de dinero; de aquí que el aumento lineal y acumulativo de la cuantía de la renta que produce la aplicación de un índice de actualización no es más que una modalidad compensatoria o equilibradora que mantiene el mismo valor commutativo inicial y posterior de las prestaciones en la relación contractual de las partes, pero nunca que haga vano o sea un atentado contra el derecho de prórroga del arrendatario.

(3) HUALDE, *op. cit.*, p. 1900.

(4) ALAMILLO, *op. cit.*, p. 3.

b) Frente a la opinión de los autores anteriores está la de aquellos otros que creen que la actualización de la renta pactada con una cláusula de estabilización, en la que no se precisó el modo de llevarla a cabo para las ulteriores revisiones, deberá hacerse, no sobre la base de la renta inicial, sino sobre la cuantía de la renta posterior o ya consolidada.

A este respecto, Truán de Pineda (5) sostiene que las variaciones porcentuales de los precios de consumo tienen que aplicarse sobre la última renta revisada y no sobre la que figura en el contrato, como lo demuestra el hecho de que la revisión efectuada en el primer caso, al cabo de los diez años, arroja el mismo resultado que la que se ha hecho anualmente sobre la renta revisada durante igual período.

También Fuentes Lastres (6), a propósito de la Sentencia de la Sala 4.^a de la Audiencia de Barcelona, de 26 de septiembre de 1983, hace ver como toca el tema de la base de revisión, de si debe aplicarse el porcentaje sobre la inicial del contrato o sobre la renta corriente ya revalorizada, concluyéndose, para el caso que consideraba, que sobre la revalorizada.

A mi juicio, según ya tengo expuesto a propósito del comentario que hice a la Sentencia de 22 de junio de 1984 (7), la base del cálculo, para la estabilización sucesiva de la renta, en primer lugar, será la que convengan y determinen las partes contratantes; conforme a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 del C. c. y arts. 97, 98 y 100 de la LAU) se establecerá el alcance de la cuantía de la renta inicial o de las rentas posteriores por haber convenido de modo expreso un "sistema de actualización".

Ahora bien, cuando las partes se expresaron ambiguamente o nada han previsto acerca del modo de calcular la cuantía de las rentas que han de ser objeto de estabilización en los períodos convenidos posteriormente, o bien, cuando sea ejecutado el derecho de prórroga por el arrendatario, se hace necesario interpretar cuál es el procedimiento operativo que se ajusta más justa y equitativamente a la finalidad de estabilización que han previsto los contratantes para mantener la equivalencia de sus prestaciones. En este supuesto, creo que el cálculo operativo de aplicación del índice o módulo de valor (el "índice medio de vida" o el de "consumo" del Instituto Nacional de Estadística) deberá hacerse sobre la renta vigente del contrato que, después de la primera revisión, será la posteriormente existente o consolidada para cada período de actualización.

Este mismo criterio interpretativo es el que mantiene el Tribunal Supremo, al considerar que habrá de estarse, concretamente, a la mo-

(5) TRUÁN DE PINEDA, R., *Las cláusulas de estabilización de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas*, en "Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia", 351 (1982), p. 6.

(6) FUENTES LASTRES, J. J., *Actualización de rentas*, en "Administración Rústica y Urbana", 52 (1984), p. 28.

(7) BONET CORREA, J., *La actualización de la renta urbana sobre la renta obtenida de las revisiones precedentes y no en base a la inicial (Comentario a la Sentencia del T. S. de 22 de junio de 1984)*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXVIII-2 (1985), p. 459.

dalidad convenida por las partes contratantes; o bien, cuando nada hayan expresado, se deberá entender que la revisión de la renta para su actualización operará sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes.

Así, en el supuesto concreto que enjuicia la Sentencia de 30 de enero de 1981, por haber pactado las partes especialmente que "la cantidad mensual de cuarenta y siete mil pesetas fijadas como renta, será objeto de revisión cada dos años, a partir de la fecha de este contrato", el Tribunal Supremo entiende que "es de una claridad meridiana y, según la cual, la única cantidad a revisar cada dos años es la de cuarenta y siete mil pesetas o renta contractual fijada libremente por las partes en la fecha del contrato, por lo que la tesis del Juzgado, ratificada por la Audiencia, va más allá de lo pactado, al estimar que el aumento de la renta ha de ser acumulativo".

En cambio, en el supuesto de la presente Sentencia de 11 de marzo de 1985, las partes contratantes al pactar concretamente para su arrendamiento urbano, que en "caso de prórroga se revisará la renta adaptándola a las oscilaciones del coste de la vida, según índices del Instituto Nacional de Estadística, que se aplicarán sobre la renta consolidada, no sobre la renta base", el Tribunal Supremo considera esta "cláusula de revisión lícita, en cuanto prevé la misma en los supuestos de alza o baja del coste de la vida" y, además, "no puede estimarse que la nueva renta pactada lesione el derecho de prórroga legal, por ser excesiva o abusiva, que no lo es según se ha visto, sino en verdad autorizada por lo dispuesto en los artículos 97 y 98 de la LAU, que permiten la elevación de rentas".

Si el Tribunal Supremo atiende, como es lógico y legal, a lo que pacten especialmente las partes, para la revisión de la renta, bien sobre la "renta base", o ya sobre la "renta consolidada", para el caso de que nada hayan concretado, también ha dado su criterio interpretativo. Tal es el caso que presenta la Sentencia de 22 de junio de 1984, donde las partes tan sólo de una manera muy generalizada pactaban que "al paso de cada año sucesivo, la renta se adecuará al índice general del coste de la vida, de forma que a toda variación que experimente el mismo, corresponda otra variación proporcional de la renta". Al no haber concretado las partes la manera operativa de cómo se calcularía la adecuación de dicha renta, la Sentencia concluye que el ajuste de la renta se haga según las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, "aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes".

CONSTITUCION DE TUTELA. DECLARACION DE FILIACION DE UN MENOR. RETROACTIVIDAD DE LA LEY DE FILIACION DE 1981

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
de 12 julio 1985)

BEATRIZ HERNANDEZ DE AZCARATE

Profesora-Ayudante del Departamento
de Derecho Civil de la Facultad de Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid

I. DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

- Artículos 2, 3.^º; 3, 1.^º; 278 del Código civil.
- Artículo 9, 3.^º Constitución.
- Disposiciones Transitorias 1.^a y 11.^a de la Ley de 13 mayo 1981.

II. HECHOS

Doña Dorian Graciela Jiménez Pérez de Valencia, casada con don Jairo Valencia Rada en Colombia, se separa legalmente el 10 de febrero de 1971. Pero desde 1959, fecha en que se traslada a España, convive con don Antonio Pérez Torres, soltero, del que tiene un hijo el 26 de junio de 1969. Este queda inscrito en el Registro como hijo de doña Dorian y don Antonio desde su nacimiento, según se nos dice en la sentencia del Tribunal Supremo: "El veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y nueve, doña Dorian Graciela da a luz un niño que se inscribe en el Registro del Estado Civil de Alicante mediante declaración de don Antonio Pérez Torres, como hijo suyo y de doña Graciela...". Pero a la muerte del padre, en 1972, se constituye el organismo tutelar el día 23 de enero de 1973 que es quien representa al hijo, aunque permanece bajo la guarda y custodia de la madre que, por otra parte, con el fin de legalizar su relación filial, lo reconoce posteriormente en testamento, desconociéndose la fecha del mismo.

Doña Dorian solicita ante el Juez de 1.^a Instancia que se declare su maternidad respecto de su hijo menor, Antonio Pérez Torres, con la atribución de los correspondientes derechos inherentes a la misma como es la patria potestad. Asimismo solicita la declaración de extinción de la tutela. Con fecha 11 de noviembre de 1980, la sentencia declara únicamente la maternidad sin pronunciarse respecto de los otros extremos.

El 8 de noviembre de 1982, la Audiencia Territorial de Madrid estima

el recurso interpuesto por doña Dorian y confirma la filiación materna de la actora, concediéndole además la patria potestad y los demás efectos que se deriven de la filiación. También declara extinguida la tutela.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don José Pérez Torres, don Andrés Otero Balboa y don Ofilio Manuel Taboa Fernández, integrantes del organismo tutelar, contra la sentencia de la Audiencia Territorial.

III. DOCTRINA

1.^a La irretroactividad se supone, por lo que, en caso de silencio o duda se presume que la norma en cuestión carece de efectos retroactivos. Sin embargo, la Ley viene dictada con una clara proyección hacia quien ha de interpretarla. Por ello, el juzgador, para investigar el sentido del alcance temporal de una norma, en los casos sometidos a su enjuiciamiento, ha de acudir tanto a la interpretación lógica como a la sistemática y finalista e incluso a la histórica y sociológica (art. 3,1 del C. c.).

2.^a Los artículos del Código civil modificados por la Ley de 13 de mayo de 1981, al ampliar los derechos dentro del ámbito de la familia del menor, resultan favorables al mismo, por lo que quedan excluidos del marco de la irretroactividad que sanciona el artículo 9.3 de la Constitución (interpretado "sensu contrario").

3.^a La Disposición Transitoria Primera sanciona una retroactividad de grado máximo.

4.^a La tutela de los menores de edad es un organismo supletorio de la patria potestad. En el presente caso, probado que la patria potestad existe y radica exclusivamente en la actora-recurrida, el instituto tutelar, carecía antes de la reforma de 1981, y carece después de razón de ser.

IV. COMENTARIO

El comentario de esta Sentencia pretende fundamentalmente confirmar lo que viene siendo la línea jurisprudencial en materia de retroactividad de la Ley, es decir, que mediante la aplicación de todos los métodos interpretativos reconocidos en la Ley, se admite la retroactividad tácita. Y además, dar a conocer la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 9.3 de la Constitución que recoge la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables no restrictivas de derechos individuales.

La regla general es la irretroactividad. Así parece desprenderse del artículo 2.3.^o del Código civil que viene a establecer un principio de interpretación: las leyes son irretroactivas salvo disposición en contrario. Después de la Constitución de 1978, este precepto se ha visto completado

por el artículo 9.3 de la misma que establece límites a la retroactividad: sólo las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no podrán tener efecto retroactivo.

Asimismo, el Tribunal Supremo confirma, siguiendo la línea de sentencias anteriores —STS 26 de mayo 1969 y 27 octubre 1983, entre otras—, la posibilidad legal de la retroactividad tácita, como consecuencia generalmente, de una labor interpretativa de las normas en conflicto. La doctrina de la retroactividad tácita ha sido formulada y estudiada por el profesor De Castro, “El problema planteado por la carencia de disposiciones transitorias no tiene una naturaleza especial; la magnitud que tengan sus lagunas no altera su significado. Es sencillamente una cuestión de interpretación jurídica que hay que tratar y resolver como tal, “a posteriori” conforme a los datos concretos que ofrece el ordenamiento jurídico. Habrá que partir de la Ley nueva y de la antigua en su mutua relación (De Castro, “Derecho Civil de España”, pág. 644, Civitas, 1984).

Así, el Tribunal Supremo, en el considerando segundo de la Sentencia de 26 de mayo de 1969, dice: “que según resulta del texto del artículo 3 del Código civil, a cuyo tenor “las leyes no tendrían efecto retroactivo, si no dispusieran lo contrario”, el mandato de retroactividad no ha de revestir forma expresa, bastando, por tanto, que resulte del sentido de la Ley, debiendo tenerse en cuenta a este respecto la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva Ley; implicando igualmente un tácito efecto retroactivo las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta”.

En el caso que comentamos, propugnamos en todo caso que para llenar el posible silencio de una Ley acerca de su eficacia retroactiva, es decir, su alcance temporal, se acuda a todos los medios de interpretación posibles: lógica, sistemática, finalista e incluso histórica y sociológica. En este sentido, la mejor doctrina recoge la opinión común de que la retroactividad de una Ley puede deducirse por vía de interpretación (De Castro, op. cit., p. 644).

El Tribunal Supremo para justificar la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981 de 13 de mayo se basa en:

1.º El artículo 9.3.º de la Constitución interpretándolo “contrario sensu”: podrían tener efectos retroactivos las disposiciones favorables o que concedan derechos; así en el presente supuesto, al conceder la patria potestad a la recurrida, se lo amplian al hijo menor los derechos en su ámbito familiar. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1981 (B.J.C., 3 de julio de 1981) determina “la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento a “contrario sensu” en el art. 9.3.º de Constitución.

2.º La Disposición Transitoria Primera de la Ley de 13 de mayo de 1981 que establece una retroactividad de grado máximo de acuerdo con la interpretación de la doctrina más autorizada. Así, De la Cámara, entre otros, opina: “La disposición transitoria Primera tiene carácter general. Su espíritu parece favorable a la retroactividad de grado máximo; las disposiciones que limitan el alcance de la retroactividad serían sólo ex-

cepciones a la regla general (M. de la Cámara, en "Comentarios al Código Civil", pág. 967, EDERSA, Madrid, 1984).

La Ley de 13 de mayo de 1981, según opinión del Tribunal Supremo, se retrotrae a todo tipo de relación filial, sea cual sea el medio de determinación de la filiación y el momento de nacimiento del hijo.

Hasta aquí, me he limitado a señalar la opinión del Tribunal Supremo respecto de la cuestión central que fundamenta el fallo de la sentencia: el problema de la retroactividad. Ahora bien, su lectura me ha provocado ciertas reflexiones:

En primer lugar y en general, sin ceñirnos al presente caso, la retroactividad de los derechos de filiación constituye lo que Karl Larenz llama "retroactividad no genuina", es decir, aquella perfectamente lícita en que la Ley actúa sólo respecto del futuro en relaciones jurídicas presentes y todavía no cerradas (Karl Larenz, "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", Edic. Civitas, 1985, pág. 162).

En este sentido la relación filial es un vínculo que no está cerrado entre la madre y el hijo menor; es una relación jurídica de presente por lo que es perfectamente lógico que se vea afectada por una Ley posterior favorable a los derechos del menor. Además, "siempre cabría la retroactividad si causas forzosas de bien común que están supraordenadas al imperativo de seguridad jurídica, justifican el mandato de retroactividad, (Karl Larenz, op. cit., pág. 163). También la Sentencia de 26 de mayo de 1969: "...debiendo tener en cuenta, ... la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva Ley" (considerando segundo).

Sin embargo, en este caso, no cabe hablar de retroactividad máxima de la Disposición Transitoria primera. Dicha retroactividad supondría que son nulos los actos realizados por el tutor y el Consejo de Familia durante el ejercicio de la tutela, es decir, desde 1972. En efecto, la regla es la retroactividad de la Ley de filiación de 1981: la filiación, aunque la persona hubiese nacido antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, queda, en principio sometida a la nueva Ley. No obstante, esta retroactividad no es absoluta respecto de los efectos de la filiación, en concreto el de la patria potestad, entre otros; así la Disposición Transitoria novena establece: "La atribución de la patria potestad y su ejercicio se regirá por la prestnte Ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de nacimiento del hijo (Manuel Peña Bernaldo de Quirós, en "Comentarios a la reforma del Derecho de Familia", vol. II, Tecnos, pág. 1979).

Asimismo, los actos realizados por el organismo tutelar antes de la publicación de la Ley de 1981 son válidos ya que en los aspectos no especialmente regulados sigue rigiendo la regla de la irretroactividad del art. 2.3.^º del Código civil (Peña Bernaldo de Quirós, ap. cit., pág. 1979 y 1980).

Unicamente cabría la duda respecto de los actos realizados por el tutor y el Consejo de Familia desde 1981 hasta la fecha de la sentencia de la Audiencia Territorial en 1982. Durante ese período de tiempo podrían plantearse problemas de retroactividad de la sentencia. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo ni la Audiencia han tenido que decidir sobre la validez o nulidad de dichos actos.

El único efecto retroactivo que aprecio en la decisión del Tribunal, si es que puede hablarse realmente de retroactividad en sentido propio, cosa que me pregunto o cuestiono, es la aplicación de la Ley de 1981 no a la relación de la patria potestad sino respecto de la condición del hijo que deja de ser considerado adulterino para ser no matrimonial con el siguiente derecho a la patria potestad por parte de su madre.

En segundo, lugar, el Tribunal Supremo, obligado por los términos en que ha sido planteado el recurso, fundamentado esencialmente en la posibilidad o no de la aplicación retroactiva de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha apuntado, dentro del considerando 4.^o, párrafo 4.^o, lo que tenía que haber sido el núcleo de los considerandos o la razón de uno de ellos.

Sentada de manera indiscutible en todas las Instancias, la maternidad de la recurrente respecto del sometido a tutela, dicha institución de guarda carece de sentido, toda vez que quien ha cuidado y educado realmente al hijo ha sido la madre, una vez muerto el padre que era quien, legalmente, ejercía la patria potestad.

Habría que preguntarse por qué se constituye la tutela, constando en el Registro Civil la filiación paterna y materna del hijo.

Por un lado, la constitución de la tutela tuvo su causa en motivos de orden económico e incluso quizá moral (sobre el carácter esencialmente patrimonialista del régimen jurídico de la tutela en perjuicio del valor eminentemente personal que debería revestir, es de gran interés el libro de Rodrigo Bercovitz, *La marginación de los locos y el Derecho*, Ed. Taurus, págs. 35 y 36).

Parece que el menor era dueño de un "cierto" patrimonio constituido por acciones y depósitos bancarios. Teniendo en cuenta lo mentalidad social, los familiares del padre del menor desconfiaban de la madre, "viuda" del padre por lazos de convivencia, para que administrase los bienes de su pariente. Además, en 1972, fecha en que se constituye la tutela, la legislación civil en materia de filiación atribuía un carácter inmoral a los hechos de los que se derivaba la filiación que contemplamos.

Por otro lado, no hay que olvidar que como acabamos de decir, el sistema legal de la filiación era absolutamente discriminador respecto de los hijos "ilegítimos no naturales".

Bajo la regulación interior a la reforma de 1981, el Código sólo admitía el reconocimiento de los hijos naturales —art. 138 antiguo— y el hijo de doña Dorian era adulterino a "madre". (No obstante, podría entenderse que el derecho de alimentos que otorgaba a los hijos adulterinos —art. 139 antiguo— implicaba una especie de reconocimiento "sui generis" aunque no fuera el formal de los artículos 129 y siguientes. En efecto, a continuación, el artículo 140 determina que el derecho a los alimentos sólo podrá ejercitarse: si la paternidad o maternidad se infiere de documento indubitable en que expresamente se reconozca la filiación).

La inscripción de nacimiento podría considerarse como determinación de la filiación materna en virtud de los artículos 131 del Código civil: en acta de nacimiento"; art. 41 del Reglamento del Registro Civil: "la inscripción de nacimiento hace fe... y en su caso de la filiación del ins-

crito”; artículo 47 del Reglamento del Registro Civil: “En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria”; y los artículos 181.2 RRC y 182.2 RRC. Asimismo el artículo 187 RRC permitía acreditar la capacidad del autor del reconocimiento para casarse al tiempo de la concepción, únicamente mediante la declaración del padre o padres (sin más pruebas) “bajo su responsabilidad”, con lo que se facilitaban los reconocimientos irregulares.

Sin embargo, esta determinación de la filiación materna que comentamos no podría legalmente producir todos sus efectos y menos hacerlo valer ante los Tribunales. La madre no tenía, por tanto, la patria potestad, no podía ejercitárla a la muerte del padre.

He aquí una prueba más de la incoherencia del sistema legal anterior regulador, de la filiación y patria potestad. Aunque existiera la madre que era quien realmente cuidaba y se ocupaba de su hijo, si era adulterino “a madre” aunque natural “a patre”, aquella no podía ejercer los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, una vez muerto el padre. La Ley, previendo este vacío, y con el fin de proteger a los hijos ilegítimos no naturales menores, establecía la posibilidad de constituir la tutela dativa por aplicación del artículo 302 del Código civil. Solución absurda y contraria a los más elementales principios naturales. Un auténtico contrasentido si se tenía además en cuenta el artículo 206 del Código civil, en virtud del cual no se consideraba apto al progenitor para atender a la custodia, educación y representación del hijo pero sí para designar las personas que habrían de encargarse de tan delicados menesteres.

No obstante, el Tribunal Supremo apunta en el Considerando 4.^º, que ya antes de la reforma de 1981, la madre, por el hecho de serlo, tenía el derecho de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor.

Pensamos que se está refiriendo a la posibilidad legal que ofrece el artículo 14 de la Constitución de 1978 que viene a derogar los principios discriminatorios del Código civil.

El principio de igualdad de todos los hijos, con independencia de su nacimiento, concede a todos los hijos, naturales o no (empleando la terminología anterior a la reforma), el derecho a estar bajo la patria potestad de sus progenitores. La aplicación inmediata del artículo 14 y su eficacia derogatoria es evidente y así lo ha entendido la Doctrina (García Enterría, Perlingieri, Cámara, Peña Bernaldo de Quirós, Serna Meroña...), y la Jurisprudencia constitucional (STC de 20 diciembre de 1982) y del Tribunal Supremo (a partir de la Sentencia de 8 de abril de 1982, que fue anulada por la del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982).

Aunque se podría alegar que por la aplicación directa del artículo 14 de la Constitución se creaba una laguna en el orden civil, ésta podía integrarse por el principio constitucional de igualdad que es un principio general del Derecho y que como tal ha de informar todo el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 14.^º del Código civil: aplicar el régimen

jurídico de los hijos matrimoniales a los hijos no matrimoniales (como efectivamente ha hecho la reforma de 1981).

Por último, he de añadir que el Tribunal Supremo, curiosamente en el penúltimo considerando, no ha tenido en cuenta la existencia de la Disposición Transitoria 11.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, que considera inexistente. No obstante, ello no impide obtener la misma solución, ya que la institución tutelar carecía de fundamento jurídico, una vez promulgada la Constitución y en todo caso a partir de la reforma de filiación. Además, una cosa es que haya variaciones en la organización de la tutela y otra cosa es que carezca de fundamento la tutela en sí misma, que es lo que realmente queda demostrado en virtud de la maternidad de doña Dorian.

II. SENTENCIAS

A cargo de: Isabel Arana.—Diego Arenas Gómez.—Marta Bravo Hildebrandt.—Antonio Cabanillas Sánchez.—Ana Cañizares Laso.—Pedro de Elizalde Aymerich.—Antonio Gallardo Piqueras.—Esther Gómez Calle.—Asunción Marín Velarde.—Pilar Molina Herreruelo.—Evelia Muñoz Sánchez Reyes.—Fernando Oleo Banet.—Luis Felipe Ragel Sánchez.—José Miguel Rodríguez Tapia.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

Doctrina de los actos propios.—Tiene reiteradamente declarado esta Sala que los actos propios contra los cuales no cabe accionar son aquellos que, por su trascendencia o por constituir convenio, causan estado, creando, modificando o extinguendo una relación jurídica que no puede ser alterada por la voluntad unilateral del autor del acto, y no cabe duda de que no puede atribuirse tal trascendencia jurídica a la conducta del demandado al retirar sesenta postes de cemento, concluyendo de tal acto la asunción de una obligación de retirar todos los postes restantes.

Cuestión interpretativa.—La determinación del número y clase de los postes objeto del contrato constituye una cuestión meramente interpretativa de su contenido.

Interpretación del contrato.—Es función que compete al Tribunal de instancia. (Sentencia de 23 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora transmitió al demandado los postes que en su día sirvieron para la sustentación del tendido eléctrico de los trolebuses colocados en las calles de Bilbao, comprometiéndose el demandado a retirarlos de la vía pública en un plazo máximo de tres meses. En la demanda se señala que en las calles de Bilbao quedan postes y se solicita que se condene al demandado a retirarlos y alternativamente a indemnizar a la actora el reembolso de los gastos que se viese obligada a realizar para tal finalidad, con imposición de costas. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación en lo relativo a la imposición de costas, confirmando en lo demás la resolución recurrida. No prospera el recurso de casación interpuesto por la actora, en el que se alega que la conducta emprendida por el demandado revela que comprendía la retirada de todos los postes.

NOTA.—Un análisis crítico de esta doctrina jurisprudencial ha sido llevado a cabo por DÍEZ-PICAZO (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 193 ss.), al examinar los presupuestos de la doctrina de los propios actos y, en concreto, al significado de la conducta vinculante.

Véase también la sentencia de 16 de junio de 1984, que muesra en su conjunto la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que anotamos en este ANUARIO (1985, p. 223).

Documento auténtico a efectos de casación.—La prueba documental, integrada por los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación, no reúne la conceptuación de documentos auténticos, ya que ni demuestran el error con la rotundidad exigida, ni merecen tal consideración por haber sido ya examinados y valorados en la instancia junto con los otros medios probatorios.

Prescripción. Caracterización general.—La prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no debe recibir una aplicación rigorista, pues no se encuentra fundada en la justicia intrínseca y merece un tratamiento fuertemente restrictivo.

Prescripción. Cómputo de plazo.—La apreciación de la iniciación, suspensión o interrupción del plazo prescriptivo pertenece a la soberanía de la Sala sentenciadora de instancia, la cual, en relación con la reclamación de honorarios por el facultativo director de unas obras, atiende, acertadamente para iniciar el cómputo, a la fecha del certificado de fin de obra. (Sentencia de 16 de julio de 1984; no ha lugar.)

2. Obligaciones y contratos

Contratos administrativos. Criterios calificadores.—La doctrina del acto separable se refiere a los actos previos y preparatorios de un contrato privado de la Administración (art. 4, regla 3.^a, Ley de Contratos del Estado), sujetándolos a las formalidades administrativas, pero no alcanza a los actos o consecuencias posteriores de un típico contrato administrativo, que se someten a la competencia de la jurisdicción contenciosa. A dicha jurisdicción corresponde conocer de la eficacia y cumplimiento de los contratos administrativos típicos, cuya naturaleza no puede ser alterada por la mera sustitución personal del acreedor contratista, sino que persiste la condición administrativa de la deuda a cargo de la Administración contratante. (Sentencia de 16 de noviembre de 1983; no ha lugar).

Requisito de la jurisdicción. Naturaleza.—La determinación de la jurisdicción competente es una cuestión que procede examinar en casación, aunque no se haya suscitado en las instancias, dado que su carácter público y de derecho necesario la sustrae del derecho dispositivo de las partes y respecto de ella no cabe sumisión ni prórroga.

Contratos administrativos. Caracterización.—La Ley de Contratos del Estado extiende esta calificación a los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público y a los que revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo, introduciendo, para su regulación, el principio de auto-integración del ordenamiento administrativo. Este criterio finalista conduce a considerar contrato administrativo al aquí contemplado, celebrado entre una Corporación local y la Administración del Estado, pues se dispone expresamente el solar donado para un destino administrativo y público, de interés

general. En consecuencia la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para resolver las cuestiones planteadas. (Sentencia de 7 de noviembre de 1983; ha lugar.)

NOTA.—Los antecedentes de hecho de la cuestión resuelta son los siguientes: En 1945 el Ayuntamiento de Tarragona donó un solar de su propiedad a la Jefatura Provincial de F. E. T. y de las J. O. N. S., órgano integrado en la Secretaría General del Movimiento, que se configuraba como Departamento ministerial de la Administración del Estado, estipulándose la reversión de lo donado si el solar, y edificio que se construyera en él, dejaba de pertenecer a la Secretaría citada o se dedicaba a funciones distintas de las propias a ella.

El Real Decreto-ley de 1 de abril de 1977 suprimió las entidades del Movimiento, asumiendo el Estado la titularidad de su patrimonio, instalándose en el edificio y solar cuestionados las dependencias provinciales del Ministerio de Cultura. Considerando el Ayuntamiento que procedía la reversión estipulada en su día, ejercitó la correspondiente acción judicial.

Como puede observarse, el pleito sustanciado plantea dos cuestiones distintas, de las que el Tribunal Supremo sólo resuelve la primera, referente a la determinación de la jurisdicción competente para conocer del asunto. La cuestión de fondo queda remitida a la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(P. E. A.)

Naturaleza civil del contrato. Incumplimiento de una obligación fiscal.—La doctrina de esta Sala tiene declarado con reiteración que la circunstancia de haberse incumplido una obligación fiscal no altera la naturaleza civil del contrato, ni reduce o desvirtúa su eficacia obligacional, por lo mismo que su alcance se limita a procurar el control del correspondiente organismo liquidador del impuesto sobre el acto en cuestión, ante el cual responderán las partes por haber incurrido en omisión.

Normas de carácter fiscal.—Carecen de idoneidad para basar en ellas un recurso de casación por infracción de ley.

Documentos auténticos.—Carecen de autenticidad a los fines pretendidos los documentos incorporados a los autos y ya ponderados en su alcance por los Juzgadores de instancia. (Sentencia de 29 de marzo de 1985; no ha lugar.)

Reconocimiento de deuda y liquidación recogidos en acuerdo transaccional. No cabe compensar la deuda reconocida con el pretendido crédito proveniente del pago posterior del impuesto de sucesiones por los deudores.
Inexistencia de reconvenCIÓN.—No consta en autos la existencia de reconvenCIÓN alguna, con la que no pueden confundirse las alegaciones hechas al contestar la demanda, en torno a la pretendida compensación, punto éste que expresamente fue examinado, para rechazarlo por carecer de fundamento y consistencia.

Habiendo interpretado de modo correcto y completo el pacto discutido, habiendo llegado el Juzgador de primera instancia a la conclusión de que los alegados pagos de carácter fiscal están incluidos en la transacción

debatida, dicha obligación, como todas las demás que traen causa de la herencia del causante de todos los litigantes, quedaron resueltas y absolutamente extinguidas por la transacción efectuada. (Sentencia de 12 de abril de 1985; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

Imposibilidad de la prestación e incumplimiento negligente.—El artículo 1.184 del Código Civil dispone la liberación de la obligación de hacer pactada cuando su realización resultare legal o físicamente imposible, pero no afecta al cumplimiento del deber de indemnizar sustitutorio de la obligación de hacer imposibilitada por causa de negligencia en el obligado a llevarla a cabo.

Revisión de las pruebas en casación.—La pretensión de una nueva revisión probatoria no es procedente en este especial y extraordinario recurso, cuya finalidad es establecer si, dados unos determinados hechos, con vinculación probatoria, son de aplicación unos determinados preceptos. (Sentencia de 29 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

Acción subrogatoria. Calificación.—La entidad acreedora pretende ejercitar la acción subrogatoria que otorga el artículo 323 de la Compilación catalana cuando, colocándose en el lugar de los deudores que vendieron sus bienes, ejerce la acción de rescisión «ultra dimidium», para reintegrar al patrimonio de los deudores la finca enajenada y con el designio de, después, lograr que responda de sus obligaciones.

Acción subrogatoria. Carácter subsidiario.—La acción subrogatoria que la Ley concede a los acreedores es subsidiaria, de modo que requiere la previa persecución de los bienes de que el deudor esté en posición, sin que sea bastante para justificarlo, como señaló la Sala sentenciadora, la simple diligencia de busca, que no puede calificarse de documento auténtico. (Sentencia de 12 de marzo de 1984; no ha lugar.)

Contrato de suministro de energía eléctrica: Condiciones generales que autorizan a la empresa el cambio de tensión: validez. Doctrina general sobre la naturaleza del contrato.—Entre las partes existe un contrato de suministro de energía eléctrica que tiene un predominante carácter de servicio público, sometido a una rígida intervención administrativa (Decreto de 12 marzo 1954, art. 1.º), que se sobrepone en cierto sentido a la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo el precio señalarse al celebrarse el contrato, o ser determinado después (SS. de 21 abril 1956 y 2 febrero 1959), y en todo caso sometido a una tarificación oficial periódicamente modificada; contrato que tiene además, en cuanto a la prestación del suministro un evidente carácter técnico modifiable conforme a las circunstancias por la empresa suministradora, como lo revela la alteración de tensión y cambio de corriente, para la que se halla autorizada por la cláusula contractual convenida expresamente y aceptada por el usuario, por lo que no se lesiona el artículo 1.256 C. c.: contrato notablemente diferente del suministro

de cosas corporales por implicar la prestación de un servicio a través de una instalación o red especial, todo lo que le da cierta atipicidad y le convierte en una venta con fisonomía especial (S. de 28 abril 1961) al que se le ha aplicado incluso la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (SS. de 28 enero y 12 junio 1970), cuando se trata de suministros periódicos o de vencimiento muy diferido en materia de entrega de energía eléctrica. (Sentencia de 25 enero 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Dictada esta sentencia después de la entrada en vigor de la Ley 26/1984 de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, cabe plantear si la cláusula aquí discutida, en cuya virtud la empresa suministradora de energía eléctrica se reserva unilateralmente la facultad de alterar la tensión (en el presente caso, de 750 KWA a 2.460 KWA), no debe calificarse de abusiva por implicar un perjuicio desproporcionado o no equitativo al consumidor (que debe abonar un mayor precio), comportando una posición de desequilibrio (art. 10.1. letra c, núm. 3.º). La nulidad de pleno derecho con que tales cláusulas son sancionadas parece implicar una estimación de oficio, aunque no se denuncie por el interesado, y hasta una cierta retroactividad, al menos de grado mínimo.

(G. G. C.)

Mediación ocasional en arrendamiento de industria hotelera. Inaplicabilidad del Decreto de 4 diciembre 1969.—El Decreto de 4 diciembre 1969 está destinado a regular la realización en situación profesional o de habitualidad, de las actividades a que se refiere de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, caso que no es el presente en que ocasionalmente se pactó por la demandada la entrega de una retribución al demandante para el supuesto de que, con su intervención, se llevase a feliz término una concreta operación de venta o arriendo, para cuyo cometido el designado era particularmente idóneo, toda vez que cerca de él ya se habían hecho gestiones por un grupo financiero en el sentido que convenía a la entidad comitente.

Interpretación de contrato. Cláusulas claras. Sentido literal.—De una desapasionada lectura del contrato en cuestión resulta la obligación de la demanda de satisfacer al actor, en caso de arrendamiento de la industria hotelera a que se refiere, el 4 por 100 del importe de la renta que se acuerde, y como en el convenio en que se documentó el arriendo se fija un plazo de cinco años, con precio pactado de sesenta millones de pesetas (luego reducido a 55), que se satisfizo en el acto mediante la entrega al arrendador de letras de cambio con vencimientos dilatados a lo largo de cinco años, se crea una situación diáfana que permite, al hilo de la literalidad del contrato, el acogimiento de la demanda, sin apartarse del sentido lógico y legal que ha de presidir toda interpretación contractual. (Sentencia de 6 octubre 1984; no ha lugar.)

Interpretación y valor probatorio de los contratos.—Habida cuenta de que los contratos de que se trata no son claros respecto de la voluntad de los contratantes, no cabe estar al tenor literal de sus cláusulas, conforme requiere el pfo. 1.º del artículo 1.281 C. c., debiéndose proceder a la apreciación del conjunto de la prueba, especialmente de los términos de los

propios contratos y de los diversos contactos, escritos y actividades de ambas partes, teniendo en cuenta que tanto los documentos públicos (contratos de compra-venta celebrados) como los privados (documentos relacionados con las gestiones de legalización de la urbanización), de lo que hacen prueba contra los contratantes es de las declaraciones que en ellos hubiesen hecho (arts. 1.218 y 1.225). (Sentencia 29 junio 1985; no ha lugar.)

Laudo de derecho. Interpretación del contrato. Actos anteriores.—El artículo 1.282 C. c. es una norma de interpretación de los contratos que si bien no excluye, como este Tribunal tiene reiteradamente declarado, tomar en consideración los actos anteriores de las partes, no impone su prevalencia sobre la conducta coetánea y posterior ni, mucho menos, sobre los textos convenidos en los que el laudo se apoya. (Sentencia de 11 octubre 1985; no ha lugar.)

Causa torpe por parte de uno solo de los contratantes. Art. 1.306-2.º Código Civil.—Claramente está evidenciado que la compradora recurrente no mostró su conformidad con el precio superior al legalmente autorizado, exigido por la vendedora recurrida, aceptando la adquisición para evitar su desabastecimiento, pero con la reserva de acciones pertinentes, entre las que indudablemente figuran las encaminadas a la devolución del exceso abonado. Y si ello es así, no puede atribuirse la incidencia en causa torpe, que ha de ser atribuida únicamente a la vendedora, de aquí que no sea de aplicación al caso la regla primera del artículo 1.306 del Código Civil (como se hace en la sentencia impugnada), sino la regla segunda del propio precepto, atributiva de la causa torpe y sus efectos tan sólo al que la haya producido, en este caso, la entidad vendedora que vendió a precios superiores a los autorizados, lo que determina que, al ser la entidad aquí recurrente extraña a dicha causa, puede reclamar lo que indebidamente hubiese ofrecido.

La ausencia de torpeza se evidencia, de una parte, por cuanto la expresión de su consentimiento queda reflejada en el contenido del acta notariada de aquí que, conforme al artículo 1.262 Código Civil, tal expresión de consentimiento ha de entenderse reducida a lo que realmente se haya consentido manifiestamente (sentencia de esta Sala de 7 diciembre 1962). De otra parte, debido a que si la esencia del contrato con causa torpe es la de que la causa del mismo, sin ser delito o falta, es ilícita o inmoral, lógicamente ha de proyectar sus efectos a quien la origina, pero no con extensión a quien sufre el perjuicio, y ello porque la disconformidad de la compradora al precio ilegal impuesto quedó fehacientemente reflejada, con reserva específica de acciones.

Fuerza vinculatoria de los contratos y límites a la autonomía de la voluntad.—De conformidad a la normativa establecida en el artículo 1.091 del Código Civil, se impone el acomodo del cumplimiento contractual al tenor del contrato, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad

normados por los artículos 1.265 y 1.268 de dicho Cuerpo legal, y por ello con sujeción a la ley, o sea a la limitación del precio impuesta por mandato legal.

Nulidad parcial del negocio jurídico.—Como ya dijo esta Sala en sus sentencias de 20-3-1979, 7-7-1983, 24-11-1983 y 3-12-1984, la nulidad de la cláusula contractual en la que fueron infringidas normas legales limitativas del precio, no autoriza para decretar la total nulidad de la compraventa en que se contiene, dado que la vulneración de esa normativa limitadora ha de llevar consigo en el ámbito civil, no la nulidad total de la compraventa, pues ello redundaría en beneficio del vendedor, sino la nulidad parcial de la obligación relativa a la excesividad del precio, ya que esas disposiciones legales llevan sólo a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, con independencia de los actos ejecutados por los compradores que, en definitiva, no hacen más que someterse a unas condiciones impuestas por el vendedor, lo que además es consecuencia de la doctrina jurisprudencial, proclamada en la sentencia de 24 de noviembre de 1983, reconocedora de la compatibilidad de pactos válidos y pactos nulos en un mismo contrato, sin que la nulidad trascienda a todo el negocio.

El enlace «preciso y directo» exigido por el artículo 1.253 Código Civil.—La circunstancia de que la actora hubiera continuado negociando con la demanda, con precios por ésta impuestos sobre los autorizados, no es suficiente para atribuirle coparticipación en la causa torpe, y al no entenderlo así la Sala «a quo», violó por la inaplicación la exigencia de enlace preciso y directo que requiere la aplicación de la prueba de presunciones que sanciona el artículo 1.253 Código Civil.

Imposibilidad de fijación unilateral del precio en la compraventa.—Reconocer eficacia, contra la voluntad del comprador, a la imposición de un precio superior al legal impuesto por el vendedor unilateralmente, supondría dejar al arbitrio del vendedor su fijación, así como el señalamiento de su cuantía, en contraposición a lo previsto por los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil. (Sentencia del T. S. de 20 mayo 1985; ha lugar.)

HECHOS.—Entre recurrente (compradora) y recurrida (vendedora), veían celebrándose sucesivas compraventas de cemento a los precios reglamentariamente fijados en cada momento, realizándose los pagos posteriormente (aceptando al efecto leras de cambio la compradora). A partir de marzo 1977, la vendedora fija unilateralmente un precio superior al autorizado, lo que es rechazado por su contraparte que devuelve las letras cubriendo el sobreprecio y se limita a pagar el precio autorizado. Desde julio 1977, la vendedora modifica el sistema de cobro, exigiendo el pago (al precio superior al permitido) en el momento del suministro.

El 15-8-1977 la compradora, mediante acta notarial, exige a la vendedora: la devolución del exceso, la vuelta al anterior sistema de cobro, anuncia

su reserva de acciones y que, dadas sus necesidades, seguirá comprando cemento. A pesar de ello, la vendedora continúa negociando sin rectificar sus condiciones.

La compradora interpone demanda reclamando la cantidad correspondiente al exceso de precio contra la vendedora, ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual desestima la demanda. La Audiencia Territorial confirma el fallo, pero el Tribunal Supremo admite la casación y revoca la sentencia del Juzgado.

NOTA.—La fijación, en un contrato, de un precio superior al reglamentariamente autorizado, implica incurrir en causa torpe, ya que ese precio sería contrario a la ley, quedando prohibidos tales pactos por el artículo 1.255 Código Civil, y su nulidad decretada en el artículo 63.^º de dicho Texto legal, preceptos en los que la expresión «ley» debe entenderse en un sentido amplio, como norma estatal (contrapuesto a normas consuetudinarias y principios generales del Derecho), que abarca tanto las leyes en sentido técnico, como las normas de inferior rango válidamente dictadas por los órganos del Estado en ejercicio de su función reglamentaria (*DE CASTRO, Derecho Civil de España*, t. I, p. 349). Razones de utilidad práctica propugnan el recurso, para el establecimiento de precios, a normas reglamentarias, dada su más fácil creación y modificación, lo que permite su mejor adaptación a la específica coyuntura económica de cada momento. Estas normas limitativas de los precios no sólo tienen carácter imperativo, por lo que será inválido lo actuado en contra de sus previsiones, sino que, además, determinan el precio que habrá de aplicarse en sustitución del no permitido. De este modo, la disciplina imperativa se incrusta parcialmente en el contenido del contrato sustituyendo a la cláusula infractora.

Admitida la nulidad de las cláusulas que determinan un precio ilegal, por su carácter «contra legem», es preciso concretar si ello da lugar a la nulidad total del contrato en que se insertan o si, por el contrario, éste sólo será parcialmente nulo. La Jurisprudencia civil del T. S. en esta materia no ha sido constante ni uniforme, quizás a causa de la carencia en nuestro Derecho positivo (a diferencia del alemán y el italiano) de una respuesta general al problema, si bien recoge la figura de la nulidad parcial en algunos casos concretos (v. gr.: artículos 1.116, 1.155, 1.316 y 1.317, 1.476, 1.691... Código Civil). En todo caso, conviene diferenciar entre:

a) Nulidad parcial basada en la voluntad de los contratantes de mantener el contrato aún prescindiendo de la parte nula.

b) Nulidad impuesta por la ley, acorda o no con la voluntad de los contratantes, en los casos en que alguna cláusula viole una norma jurídica imperativa en la que, además, puede imponerse un contenido parcial de negocio en sustitución del ilícito (Sentencias del T. S. de: 4-12-1945, 3-3-1962, 30-7-1961, 4-11-1964).

La sentencia que examinamos se encuadra en el segundo supuesto, pues se refiere a una compraventa por precio superior al legal, respecto de la cual la sanción más adecuada es la acogida en dicha resolución judicial: nulidad de la parte del contrato que vulnera la norma, con la consiguiente reducción del precio al límite legal y pervivencia del resto del negocio. Pese a opiniones doctrinales en contra, la solución de la nulidad total del negocio en estos casos no parece apropiada, pues ello impediría el cumplimiento del fin perseguido por la ley, esto es, la realización de un cierto orden económico mediante la intervención de los precios, como instrumento corrector del libre mercado al servicio del interés social. Tal

finalidad requiere que sólo la cláusula «contra legem» sea invalidada y sustituida por el precepto legal correspondiente, imponiéndose así el interés colectivo al individual. Los efectos de esta nulidad parcial consisten en la sustitución del precio ilegal y la atribución al contratante perjudicado de la facultad de hacer valer el precio autorizado y obtener la restitución del exceso pagado. De esta forma, la ley interventora cumple sus fines del modo más sencillo, directo y eficaz. Como señala A. GORDILLO CAÑAS (*La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo 28, Fascículo I, enero-marzo 1975, p. 204), la solución de mantener el contrato, con devolución al comprador del sobreprecio, es doctrina reiterada en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Sentencias de: 26-10-1965, 44-1968, 20-3-1969, 30-1-1970, 15-3-1972, 74-1973, entre otras).

Finalmente, podríamos plantearnos si cabe apreciar causa torpe en el comprador que pasa por un precio ilegal impuesto por el vendedor, entiendo así que existe la concurrencia de culpas prevista en el artículo 1.306-1.º Código Civil, que impediría a aquél reclamar al vendedor la devolución del exceso. La cuestión parece requerir una respuesta negativa, tal y como se hace en la sentencia que nos ocupa, respuesta que en el caso resuelto por dicha sentencia resulta más clara por haber el comprador manifestado fehacientemente su disconformidad con el precio y su reservá de las acciones pertinentes. Pero, aún sin tal manifestación, difícilmente podría calificarse de «conducta culpable» la de un comprador que, necesitado de determinados bienes o servicios, pase por la imposición de un precio ilegal hecha por el vendedor, para evitar el quedar privado de aquéllos. Admitir lo contrario supondría favorecer al vendedor abusivo que, apoyado en una situación de prepotencia, logra la renuncia del comprador a un beneficio que la ley le concede (consistente en acogerse a determinados límites de precios), renuncia que ha de rechazarse, pues la tutela que la norma imperativa otorga no puede depender de la voluntad de los particulares, sino que responde a criterios objetivos que la ley toma en consideración para evitar los actos que atenten contra los intereses reputados prevalentes en un determinado momento.

(I. A. F.)

Causa de los negocios. Presunción de existencia.—El artículo 1.277 del Código Civil establece una presunción legal a favor de la existencia y licitud de la causa de los negocios jurídicos y exonera a los favorecidos por ella de la carga de la prueba, pero admite la posibilidad de que se acrecrite lo contrario, lo cual puede llevarse a efecto por cualquiera de los medios de prueba e incluso a través de las manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos. (Sentencia de 2 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Cumplimiento de los contratos conforme a su tenor. Valor del principio de equidad.—Las recíprocas prestaciones de las partes son las que se deducen del contrato entre ellas, a cuyo tenor deben de cumplirse (art. 1.091 C. c.), sin que quepa romper el equilibrio económico tenido en cuenta en el momento de contratar aumentando unilateralmente las obligaciones de una de las partes en base al principio de equidad, ya que éste sólo puede servir de fundamento exclusivo a una resolución judicial cuando la ley expresamente lo permita (art. 3.2 C. c.), y fuera de este supuesto es sólo un principio moral que debe informar las relaciones sociales, pero inoperante en las jurídicas.

De todo ello se deduce que el contrato de seguro de asistencia médica celebrado entre la entidad aseguradora y la beneficiaria no comprendía los servicios de cuidados intensivos, puesto que no figuraban en el articulado de la póliza.

El pago por cuenta ajena en el artículo 1.158, 2.º pfo. C. c.—Puesto que es presupuesto necesario del artículo 1.158 en su pfo. 2.º la preexistencia de una obligación en el deudor por quien se paga, la inexistencia de la obligación de prestar los cuidados intensivos a cargo de la entidad aseguradora codemandada, excluye la aplicabilidad del mencionado precepto. (Sentencia 28 junio 1985; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Convenido un contrato de seguro de asistencia sanitaria con una entidad médica, su beneficiaria cae gravemente enferma y, siguiendo los consejos de un médico de la aseguradora, el marido de la paciente decide ingresarla en un hospital no vinculado a la citada entidad, en el cual recibe servicios de cuidados intensivos.

Para el cobro de los gastos, el hospital demanda conjuntamente a la entidad aseguradora, a la clínica con que aquélla tenía pactada la prestación de servicios médicos y a la beneficiaria.

(E. G. C.)

Estipulación a favor de tercero. Aceptación.—Entregada acta notarial a la agencia de seguros que intervino en el contrato, debe entenderse que el tercero, propietario del local siniestrado, ha aceptado debidamente la estipulación en su favor contenida en el seguro de incendios suscrito por el inquilino, cumpliendo las precisas exigencias prevenidas por el artículo 1.257, par. 2.º del Código Civil para poder exigir el cumplimiento de la referida estipulación. (Sentencia de 28 de enero de 1984; no ha lugar.)

Donación de inmuebles. Forma.—De acuerdo con el mandato del artículo 633 del Código civil la donación de bienes inmuebles exige, para su eficacia constitutiva, la constancia en escritura pública, haciéndose figurar en la misma, o en otra separada, la aceptación.

Derecho de retención del poseedor. Requisitos.—El derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

Requerimiento resolutorio. Artículo 1.504 del Código civil.—Para que proceda la resolución que prevé el citado precepto es preciso que el requerimiento sea puro y simple, sin ser admisible el formulado condicionalmente, para el caso de que no medie avenencia para la resolución amistosa, ya que

sólo debe resolverse el contrato cuando concurra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador. (Sentencia de 19 de enero de 1984; no ha lugar.)

Resolución de compraventa. Legitimación para instarla.—No tiene derecho a pedir la resolución del contrato el contratante que incumple sus obligaciones, pero la determinación de quién fue el incumplidor es una cuestión de hecho, de la exclusiva competencia del Tribunal «a quo».

HECHOS.—En el caso debatido se consideró incumplidores a los compradores, aunque los vendedores hicieron constar que la finca estaba libre de cargas y en realidad pendían sobre ella dos hipotecas. La Sala de instancia consideró irrelevante la actuación de los vendedores por haber cancelado las hipotecas antes de iniciar el litigio y por las circunstancias de las hipotecas: Una de ellas, anterior a la venta, potencialmente conocida por los compradores; la otra, posterior, se constituyó a causa de la falta de pago del precio por éstos. (Sentencia de 10 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Resolución de compraventa. Requisito.—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil no se eluden entre sí, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria ex art. 1.504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la prevista en el artículo 1.124, consideró indispensables la jurisprudencia, entre ellos que quien inste la resolución haya cumplido. Por su parte, las obligaciones que le incumbían. Por consiguiente, dado que el vendedor incumplió su obligación de entregar la posesión de las cosas vendidas, tal como imponen los artículos 1.461 y siguientes, procede desestimar su acción resolutoria fundada en el retraso en el pago de parte del precio exigible al comprador. (Sentencia de 7 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Contrato sobre Vivienda de Protección Oficial. Naturaleza jurídica. Contrato normado o reglamentado. Naturaleza civil.—Las nuevas exigencias sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida a nuevas figuras contractuales en las que, a la par que se limita el libre juego del principio de autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido, citándose entre estos últimos los que la doctrina llama contratos normados o reglamentados, en los que las partes son libres en cuanto pueden decidirse a contratar o no contratar, pero si lo hacen el complejo obligacional que constituye su contenido queda en mayor o menor medida predeterminado por la norma; debiendo incluirse en este tipo negocial aquellos que tienen por objeto viviendas de protección oficial en cuanto su régimen de protección, uso, conservación y aprovechamiento debe ajustarse a las prescripciones de la Ley especial, texto refundido de 24 julio 1963; pero tal circunstancia no priva al contrato de venta de dichas viviendas celebrado entre promotor y comprador de su naturaleza civil, y, por tanto, sometidas las cuestiones que puedan surgir entre los contratantes, aunque se refieran al contenido normado o legal del contrato, a la jurisdicción ordinaria; en términos generales, para que una cuestión quede atribuida a la jurisdicción contencioso-

administrativa es necesario que uno de los sujetos sea la Administración Pública, supuesto que no concurre, y además en materia de contratos sólo son competencia de ella los celebrados por tal Administración cuando tienen por finalidad obras y servicios públicos, hipótesis que tampoco es la de litis.

Contratos de venta y de mejora de viviendas de protección oficial. Interpretación.—Se declara probado que las mejoras contratadas por los demandantes para efectuar en sus respectivas viviendas estaban incluidas, en su práctica totalidad, en el proyecto técnico de construcción de las mismas, por lo que no pueden separarse, a estos efectos, los contratos de venta y el llamado de mejora actuando ambas empresas constructoras de común acuerdo, ni tampoco pueden considerarse mejoras las obras que no implicaban un exceso en cantidad o calidad debidamente convenido sobre lo que necesariamente debía realizarse.

Nulidad parcial. Precio.—Se está ante un supuesto de nulidad parcial con la única consecuencia de sustituir el contenido de una cláusula nula por contrario a la ley por el que viene predeterminado por la norma imperativa, y en este caso, la sustitución del precio fijado en el contrato por el que corresponde por aplicación de la legislación especial relativa a las viviendas de protección oficial. (Sentencia de 14 de enero de 1985; no ha lugar.)

Permuta de solar por departamento con expresión de cabida.—De conformidad con el artículo 1.459 C. c. en concordancia con el 1.541 del mismo cuerpo legal hay incumplimiento del contrato de permuta si venía obligada una de las partes a entregar, a cambio del solar, un departamento con superficie útil de 43,25 metros cuadrados y sólo lo ha hecho con otra más reducida; por tanto, al condenarse al demandado a realizar a su costa, y a expensas del local contiguo de la misma planta, las obras necesarias para dotar de una superficie útil igual a la pactada, no se hace sino dar cumplimiento en forma específica al contrato de permuta en cuestión.

Renuncia de derechos.—La cláusula pactada en la escritura de ejecución de la permuta por virtud de la cual «las partes comparecientes se prometen mutua y recíprocamente nada pedirse ni reclamarse, por ningún concepto que se habe en la escritura de permuta autorizada por el infrascrito notario el día de hoy, por estar entre ambos, saldadas y finiquitadas las cuentas, y declarar, recíprocamente, suficientemente cumplidas las obligaciones adquiridas por cada una de las partes», no envuelve una renuncia de derechos, la cual, según doctrina jurisprudencial, ha de ser explícita, clara y terminante, sin que quepa deducirla de expresiones de dudosa significación, lo que en este caso hubiera significado renunciar expresamente a la cabida que no recibía. Sentencia de 18 de octubre de 1984; no ha lugar.)

Arrendamiento de industria. Calificación.—La apreciación de que lo arrendado fuese una industria es un aspecto de la naturaleza fáctica basada en la existencia, características o circunstancias y organización de los elementos cedidos en arrendamiento aparte del local, por lo que está encomendada a

la libre apreciación de la Sala sentenciadora de instancia. (Sentencia de 26 de enero de 1984; no ha lugar.)

Arrendamiento de industria. Objeto.—En el caso de autos lo arrendado fue la industria o negocio de venta de juguetes, periódicos, revistas y similares desarrollado en un kiosco instalado mediante concesión administrativa municipal. No obstaculiza la calificación arrendaticia del contrato que la arrendadora no fuese propietaria sino concesionaria y, en tal concepto, titular del uso y disfrute del bien, con facultades para concertar el arrendamiento del mismo o de sus utilidades pero no de la concesión. Debe, pues, distinguirse entre el contrato que vincula al concesionario con la Administración y el estrictamente civil que aquél puede celebrar con un tercero. (Sentencia de 30 de abril de 1984; no ha lugar.)

Arrendamiento de industria.—Al calificar la sentencia del Juzgado como arrendamiento de industria el contrato que liga a las partes litigantes, lo hace tras un análisis circunstanciado de las pruebas practicadas, atendiendo no sólo al contenido del contrato escrito por el que se documentó la locación, sino también a los actos de los contratantes anteriores, coetáneos y posteriores a la fecha en que fue suscrito, destacando el resultado de las pruebas practicadas y llegando con todo acierto y justeza a las conclusiones que establece.

Revisión valorativa de las pruebas.—De ninguna manera es admisible la vía del ordinal 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 27 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente se opuso a la calificación del contrato como arrendamiento de industria, tal como afirmaron los Tribunales de instancia. No prospera el recurso de casación.

Arrendamiento de local de negocio. Elementos obsoletos utilizables.—Conforme al artículo 3, apartado 2.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el artículo 1.281 del Código civil y las cláusulas del contrato de arrendamiento de local de negocio destinado a establecimiento por el arrendatario de su propia industria, está sometido a la Ley especial, por el hecho de que la instalación de nueva maquinaria y nueva adaptación completa del local, ciertamente da a entender, unido a que arrendadores y arrendatarios estén nominando el correspondiente contrato como de arrendamiento de local de negocio, incluso con cláusulas y actividades posteriores afectantes al convenio arrendaticio de tal naturaleza, el hecho de que no se estaba considerando un vínculo que se contrajera, en esencia, a arrendamiento de industria, o de negocio, sino a un local de negocio, aunque éste tuviera elementos obsoletos utilizables, pero no suficientes para la nueva instalación del negocio que el arrendatario proyectaba e instaló. (Sentencia de 8 de febrero de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante dio por finalizado el contrato de arrendamiento por expiración del plazo pactado y solicitó la puesta a su libre disposición de

los locales y de la vivienda de su propiedad arrendados. El Juzgado estimó la demanda considerando que el arrendamiento era de industria. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. Prospera el recurso de casación.

Arrendamiento rústico. Derecho transitorio. Denegación de prórroga. Legitimación de cualquiera de los copropietarios. Actos propios.—De acuerdo con constante jurisprudencia de esta Sala, cualquiera de los copropietarios arrendadores está legitimado para el ejercicio de la acción resolutoria, teniendo facultad la comunidad de arrendadores para resolver el contrato locativo y por tanto contraer y cumplir la obligación de cultivo directo, sin necesidad de que asuma tal obligación cada uno de los miembros por separado; además si los arrendatarios recurrentes ejercitaron su derecho de prórroga notificando su voluntad a sólo dos de los coarrendadores, no pueden oponer ahora la defectuosa negativa de tal prórroga por no haberla formulado todos los arrendadores, pues si así se entendiese la notificación de los recurrentes también sería inválida.

Pacto de liquidación de daños y perjuicios por demora en la devolución de fincas arrendadas. No supone renuncia de derechos.—La cláusula contractual en cuya virtud los arrendatarios pueden solicitar la prórroga legal siempre que la propiedad no se oponga a ello por recabar el cultivo directo de las fincas, y si fuese negada dicha prórroga, los arrendatarios, por todo el tiempo que permanezcan una vez vencido el plazo contractual, tendrán que pagar anualmente 10.000 pesetas por fanega de tierra, ha de interpretarse como estipulación liquidadora de los daños y perjuicios que la demora en la devolución de las fincas arrendadas pueda producir a la propiedad, sin que pueda entenderse que viola el artículo 1.^º del Reglamento de 1959, ya que el artículo 11 del mismo regula la negativa de prórroga, y tan legal es el derecho de arrendatario a la prórroga como el derecho del arrendador a negarla cuando se proponga cultivarla directamente. (Sentencia de 14 enero 1985; no ha lugar.)

Aunque el pleito se plantea después de la entrada en vigor de la Ley de 1980 y el recurso de casación se interpone conforme a la legislación vigente, el supuesto de hecho cae bajo la normativa derogada, lo que explica la invocación del R. A. R. de 1959. Se trataba de un arrendamiento por seis años que debe expirar el 29 de septiembre de 1980, y respecto del cual se ejercita la negativa de prórroga en tiempo y forma. Según la regla 1.^ª de la disp. transitoria 1.^ª de la Ley de 1980 «los contratos existentes a la entrada en vigor de esta ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior». Bajo la nueva normativa parece, al menos, dudoso que pueda mantenerse la doctrina de que cualquiera de los co-arrendadores puede resolver el contrato, a la vista del artículo 12.1. que para dar fincas en arrendamientos sujetos a la ley especial exige la misma capacidad que para enajenarlas.

Daños por incendio en finca arrendada. Desconocimiento del origen del fuego. Presunción de culpa del arrendatario.—La Sala de instancia declara con toda rotundidad, no combatida en casación, que las alusiones a un cortacircuito como factor desencadenante no pasan de ser meras opiniones, no debidamente contrastadas, pues por el contrario aparece la incertidumbre de la causa productora, y ya en el terreno hipotético señala que aunque el incendio brotara en los conductores de la energía eléctrica, no cabe atribuir falta alguna de diligencia a la arrendadora, por cuanto la instalación se encontraba «en perfectas condiciones» al tiempo de suscribir la póliza de seguros cuatro años antes —«protegida por tubo Bergman» según rezan las condiciones particulares— sin que en los cuatro posteriores haya existido queja alguna de los arrendatarios por cualquier deficiencia, y según tiene indicado este Tribunal en Sentencia de 26 marzo 1981, decidiendo sobre la culpa extracontractual en daños causados por cremación, si se desconoce el origen del fuego, mal podrá pretenderse que ha concurrido conducta negligente del arrendador por haber omitido la actividad que evitaría un siniestro cuya génesis se ignora, máxime si no se olvida que según el artículo 1.563 C. c., en el ámbito del arrendamiento de cosas de presunción de culpa opera en contra del arrendatario. (Sentencia de 18 mayo 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Otro supuesto en el que se entremezcla la normativa de la culpa extracontractual y la contractual, quizás por un defectuoso planteamiento de la demanda. El abanico de posibilidades sobre la génesis del incendio puede ser muy amplio: causa debida a la propia mercancía almacenada, al descuido de un empleado o visitante que arroja una colilla sin apagar debidamente, acto intencional doloso, etc. La elección del arrendador y de su Compañía aseguradora como legitimados pasivamente puede justificarse como garantía de solvencia, pero de alguna manera enturbia el date procesal. Parece que la acción se apoya en el artículo 1.902 C. c. y en tal sentido en el primer considerando se hace una de esas declaraciones programáticas tan frecuentes últimamente sobre el carácter culpabilístico de la responsabilidad aquiliana; pero la presunción de culpa del artículo 1563 no parece que puede trasladarse, sin más, al ámbito extracontractual. Una clarificación por parte de la sentencia del campo en que se mueve el proceso hubiera sido útil.

(G. G. C.)

Desahucio por expiración del plazo en un arrendamiento rústico.—La acción correcta es seguir el 28.1 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, y el requerimiento notarial antes de expirar el plazo, la forma inequívoca de expresar la voluntad del arrendador de no continuar ni prorrogar el mismo.

Valor del requerimiento notarial.—La percepción de rentas anticipadas de los años agrícolas posteriores a la expiración del plazo, por parte del arrendador, no contradice su voluntad inequívoca de terminar el arrendamiento, expresada por el cauce notarial.

Inaplicación del artículo 1.566 del Código civil.—En los arrendamientos sujetos a la legislación especial no es aplicable la tácita reconducción (1.566 del C. c.), que es incompatible con la prórroga forzosa, que, a su vez, debe ser expresa e inequívoca. (Sentencia 12 julio 1985; no ha lugar).

HECHOS.—Por el contrato privado se cede en arrendamiento una finca rústica por el plazo de seis años. Poco antes de cumplirse el plazo, el arrendador comunica su decisión de recuperar las tierras, primero verbalmente y poco después, por vía notarial. Ante la inacción del arrendatario se interpuso demanda solicitando el desahucio del colono. Este alegó que después de la carta notarial habían continuado las negociaciones y que el arrendador había aceptado las rentas del siguiente año agrícola y, doce meses después, la del año posterior, entendiendo que aceptaba prorrogar el contrato.

El Juez de 1.^º Instancia declaró el desahucio por expiración del plazo. El arrendatario interpuso sucesivamente apelación, revisión, queja y súplica, todos desestimados por la Audiencia Territorial. La casación del último Auto desestimatorio abrió el paso a un recurso de Revisión por injusticia notoria ante el Supremo, alegando en este caso literalmente la infracción del 1.566 (que el ponente lo consideró cuestión nueva).

NOTA.—El ponente consideró cuestión nueva la alegación de la tácita reconducción. Y ello es indiscutible pues en la instancia, aún no citándose el artículo 1.566 del C. c., se estaba alegando una prórroga consentida por el arrendador. En todo caso, es criticable que, considerando cuestión nueva la inaplicación del 1.566 del C. c., entre el ponente a dirimir el fondo de tal alegación, aunque sostenga que es «ad abundantiam». Parece, por su parte, que la aceptación de las rentas de años posteriores por el arrendador implica una «protestatio facta contraria».

(J. M. R. T.)

Arrendamiento rústico. Derecho transitorio.—El recurrente alega la violación del artículo 128 de la nueva ley, aplicable en su criterio por virtud de la disposición transitoria primera, con olvido de que esa regla de carácter intemporal, que sujeta a la nueva normativa los contratos ya existentes, aunque no en punto a su duración por pauta general, no dice que los procesos ya iniciados tengan que sustanciarse por los nuevos cauces en la segunda instancia o en la censura ante este Tribunal, y por consiguiente habrá de atenerse a la legislación procesal que conviene al caso atendida la fecha de iniciación del litigio, conforme a lo previsto en la disposición transitoria cuarta del Código civil.

Pactos de sumisión en materia de arrendamientos rústicos. Competencia territorial.—No cabe desconocer que presupuesta la aplicación al caso debatido de la regulación anterior a la ley de 31 de diciembre de 1980, la inexistencia de disposiciones específicas sobre la competencia territorial en el ámbito del colonato había llevado a este Tribunal a cohonestar la plena validez de los pactos de sumisión en materia de arrendamientos rústicos, todo ello además de que tal defecto en la competencia territorial no fue suscitado en forma en el oportuno período de alegaciones de la instancia y claro está que no sería posible traer a colación el artículo setenta y cuatro de la Ley procesal a fin de que esta Sala declarara de oficio la incompetencia «por razón de la materia». (Sentencia de 1 de abril de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso una demanda de resolución de contrato de arrendamiento de fincas rústicas, solicitándose que se condenase a los deman-

dados a desalojar dichas fincas, ya que habían dejado de abonar determinadas rentas y no habían solicitado la prórroga del arrendamiento. El Juzgado acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

Sociedad civil irregular. Liquidación. Parcela adquirida privativamente.—La aportación o no aportación del solar que constituía la pista de prácticas a la sociedad, es una mera cuestión de hecho obtenida por la Sala de la valoración de la prueba, habiendo llegado a la conclusión de que la parcela de referencia no fue adquirida para la sociedad, conclusión fáctica que deviene inmutable al no haber sido adecuadamente combatida; por otra parte, el carácter irregular de una sociedad no puede ser invocado por los socios para impedir el cumplimiento de las obligaciones contraídas, por lo que, habiendo cooperado el hoy recurrente a mantener en secreto los pactos sociales, no puede ahora alegar en su favor la condición irregular de la sociedad cuestionada; además, por aplicación del pár. 2º del artículo 1.669 C. c. en esta clase de sociedades los socios conservan la propiedad de sus aportaciones, lo que ha de tenerse presente en trance de liquidación. (Sentencia de 17 septiembre 1984; no ha lugar.)

Responsabilidad del promotor. Vicios de construcción en los pisos vendidos.—Es evidente el acierto del Juzgador al declarar la responsabilidad del vendedor frente a los compradores de los pisos y locales, en cuanto que éstos, como tiene declarado la doctrina de esta Sala, se encuentran investidos de las garantías que en términos generales establece el artículo 1.101 y específicamente el 1.591 del Código civil, para exigir el resarcimiento de los daños que puedan experimentar como consecuencia de las imperfecciones constructivas de que adolezcan las viviendas y locales adquiridos.

Caracterización del promotor.—Que referida denominación, gramaticalmente equívoca en cuanto susceptible de diversos significados, sirve para designar en alguna de sus acepciones a quien pone en movimiento, activa o hace en principio algo o a quien inicia o da impulso a alguna cosa, lo que proyectado sobre el marco de la construcción y a la vista de la reglamentación de las Viviendas Sociales y Protegidas, en cuyo marco, cual se ha dicho, surge el término, ha dado lugar a que con el mismo se designe, por regla general, a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas, bien para sus asociados, etc., localizando terrenos edificables, buscando capitales, poniendo en conexión a los propietarios de solares con constructores o capitalistas, facilitando compradores, etc., y todo ello, sin olvidar, que en el cada día más complicado mundo de la construcción, en ocasiones la figura del promotor haya ido ampliando los matices de su significación gramatical para incluir dentro de sus actividades las de constructor y vendedor, que es lo que precisamente aquí acontece, donde reunía el triple carácter de: *propietario* del solar; *promotor* de la edificación, en base al concierto suscrito por él con quien construyó el inmueble; y *vendedor* de los diferentes pisos y locales en aquél fue dividido para constituirse en régimen de propiedad horizontal.

Coexistencia de la aplicación de los artículos 1.591 y 1.909 del Código civil.—Al promotor-propietario que concierta con un contratista o un conjunto de empresas la ejecución de la obra le son aplicables en casos como el presente los artículos 1.591 y 1.909 del Código civil. (Sentencia de 25 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Un promotor vendió un edificio que presentaba graves defectos de construcción. Por tal motivo el Presidente de la Comunidad de Propietarios demandó al promotor-vendedor, solicitando la subsanación de los defectos e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando al promotor y absolviendo al arquitecto. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor-vendedor.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia es fiel reflejo de la constante posición del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 11 de octubre de 1974. Entre las últimas aparecidas hay que citar a la de 1 de marzo de 1984, que anotamos en este ANUARIO (1985, p. 470).

En la sentencia que reseñamos destaca especialmente el intento de perfilar los caracteres y las funciones del promotor, tarea a la que dedicamos un trabajo en este ANUARIO, *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, año 1982, p. 878 ss.

(A. C. S.)

Vicios de construcción. Responsabilidad solidaria del contratista y del arquitecto.—Es reiteradísima la jurisprudencia, ha determinado que es exigible solidariamente la responsabilidad de contratistas, arquitectos y aparejadores, cuando, aun teniendo cada cual su propio ámbito responsable, aquella responsabilidad no pueda apreciarse en el caso concreto, es decir, su participación funcional en la causación del resultado dañoso y perjudicial para la otra parte. (Sentencia de 12 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor contrató a un contratista para la construcción de un chalet, encargándose de la dirección de la obra un arquitecto. Al poco tiempo de acabada la construcción aparecieron en el chalet graves defectos. Por tal motivo el actor demandó solidariamente al contratista y al arquitecto, a fin de que efectuasen a su costa las obras precisas para subsanar los defectos. El Juzgado desestimó la demanda al acoger la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando solidariamente a los demandados a reparar el daño. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Nos remitimos a las anotaciones de las sentencias de 17 de febrero y 13 de junio de 1984, que anotamos en este ANUARIO (1985, pp. 469-472), donde se establece la responsabilidad solidaria de los profesionales de la construcción (arquitecto, contratista, promotor), de igual forma que con la sentencia que anotamos.

(A. C. S.)

Congruencia. Significado.—El requisito de congruencia supone la esencial acomodación o armonía entre las pretensiones de los litigantes y la parte

dispositiva de la resolución, imponiendo una racional adecuación del fallo a los pedimentos de los contendientes y a los hechos, facultando al organismo jurisdiccional para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada.

Servicios de letrado. Retribución.—La cuantía de la retribución del letrado puede ser fijada discrecionalmente por el acreedor, pero siempre acomodándose a unas pautas orientadoras, excluyentes de posibles excesos; las tarifas de honorarios de los colegios, en este sentido, aunque carecen de eficacia vinculante, no dejan de proporcionar un criterio estimable para la determinación concreta de la retribución.

Intereses moratorios.—Obstáculos para su devengo: Cuando la concreción de la cantidad debida precisa de la promoción de un juicio, el principio «in illiquidis non fit mora» constituye un obstáculo a la condena al pago de los intereses moratorios, los cuales sólo se devengarán desde que la sentencia recaída en el proceso gane firmeza. (Sentencia de 12 de julio de 1984; no ha lugar.)

Contrato de arquitecto. Obligación de resultado. Incumplimiento. Frustración del fin.—El contrato de arquitecto es calificado como contrato de obra o empresa (SS. de 4 febrero 1950, 23 noviembre 1964, 10 junio 1975, 19 junio 1982 y 3 noviembre 1983), en el que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente, no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes, en este caso, el *opus* constituido por el «proyecto» revestido con las condiciones o requisitos de viabilidad precisos para que la obra a la que se refiere pueda ser ejecutada y realizada; y a la vista de los datos numéricos aportados, es claro y evidente que la situación creada por la conducta contractual de los arquitectos no puede ser calificada de mera irregularidad subsanable por vía judicial, dada la enorme desproporción entre proyecto y realidad, constitutiva de una frustración del interés y economía del comitente y constructor, significada en la inutilidad o inviabilidad del proyecto y presupuesto en él consignado, lo cual supone un incumplimiento contractual, que no mitiga el argumento de ser normal constatar en las «hojas de encargo» un presupuesto inferior en cuanto ello no posibilita tampoco el fin práctico del contrato, ni por ende autoriza la aplicación del *favor negotii*, no apto para sanar un verdadero incumplimiento de carácter grave, como ya se dijo también en Sentencia de 5 noviembre 1982, en caso parejo (Sentencia de 24 septiembre 1984; ha lugar.)

NOTA.—Los datos fácticos son absolutamente convincentes: El constructor encarga a dos jóvenes arquitectos el proyecto de construcción y ordenación de una manzana constitutiva por 48 viviendas de tipo medio, suscribiéndose la llamada «hoja de encargo», que es el modelo oficial del Colegio de Arquitectos de Cataluña, y en ella se hace constar un presupuesto de 29 millones de pesetas; en el proceso la prueba pericial arroja un importe del proyecto superior a 85 millones de pesetas, es decir, casi tres veces más del calculado por los arquitectos. Aunque en primera instancia se absuelve de la reclama-

ción de honorarios, la Audiencia condena a su pago tomando por base la cifra más baja. En casación, en ajustada sentencia (ponente, Sr. De la Vega) aquí extractada, se estima el recurso y se absuelve al constructor de la reclamación de honorarios profesionales.

Cada vez es mayor el número de profesionales técnicos que intervienen en la construcción de edificios, y pueden ser de distinta naturaleza los contratos que les vinculan con el constructor. En relación con el trabajo de proyección de la obra va consolidándose la doctrina que lo configura como contrato de obra o empresa, lo que permite medir con criterios más estrictos el cumplimiento o incumplimiento del mismo. No se trataba, en el presente caso, de realizar un proyecto cualquiera, a modo de molde abstracto apto para recibir cualquier contenido, sino un proyecto viable y realizable. La disparidad de coste fundamenta suficientemente la afirmación de haberse frustrado el fin del contrato. Obsérvese que aquí parece emplearse este último concepto en sentido no técnico, como sinónimo de causa, y no en el que lo utilizó ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato* (Madrid 1968), quien al estudiar el contrato de obra no se ocupa de la hipótesis contemplada en esta sentencia.

(G. G. C.)

Contrato de concesión de tarjetas de crédito para viajes aéreos. Ratificación del otorgado sin poder suficiente.—Celebrado entre actora y demandada un contrato de suscriptor del Plan Universal de Viajes Aéreos, en virtud del cual Iberia facilitaba a la Urbanizadora C. S. A. tarjetas de crédito para la obtención de pasajes aéreos, utilizadas hasta la cantidad de 738.892 pesetas, y habida cuenta de que la entidad demandada ratificó el contrato celebrado por su Consejero-Delegado sin poderes suficientes para ello, procede acceder a la demanda condenando a la Urbanizadora al abono de la cantidad antedicha.

Cuestión nueva.—La estimación por la Audiencia de una cuestión nueva, como es la relativa a la falta de personalidad jurídica de la demandada en el momento de suscribir el contrato, con base en el hecho de no hallarse inscrita en dicha fecha en el Registro Mercantil, ello comporta una grave indefensión de la parte a quien perjudica, quien se ha visto así privada de alegar en tiempo y forma lo que conviniere a su derecho, así como de probar cuantos hechos pudieran favorecer su postura, lo que, a su vez, contraviene el artículo 24.1. de la Constitución que habrá de entenderse violado. (Sentencia de 10 octubre 1984; no ha lugar).

Enriquecimiento injusto. Doctrina general sobre los requisitos.—El reconocimiento injusto o sin causa, reconocido de modo expreso como fuente de las obligaciones en el pár. 3.º, del núm. 9, del artículo 10 C. c., y que regula la Ley 508 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, según constante jurisprudencia de esta Sala, anterior y posterior al Código y apoyada en conocidos textos del Digesto y de las Partidas, exige inexcusablemente la concurrencia de tres requisitos: 1.º) Un enriquecimiento patrimonial que puede consistir tanto en un incremento patrimonial como en la evitación de una disminución por el concepto de daño o de gasto, a cuyos efectos se refiere la Ley navarra con la rúbrica genérica de «lucro»; 2.º) Que para ser injusto o sin causa carezca de toda razón jurídica; y 3.º) Que en correlación

con el enriquecimiento se produzca un paralelo empobrecimiento en el patrimonio de otra persona, con el efecto de haberse de restituir o resarcir; en el presente caso, para cada operación existió una sólida razón jurídica, pues si la parte demandante quedó constituida en deudoda, fue a causa de haber obtenido el descuento de sus letras por el banco acreedor, y si la parte demandada adquirió por cesión el crédito hipotecario, tal adquisición era causa bastante para reintegrarse dentro del juicio ejecutivo de parte del precio abonado por la cesión, de modo que si, como se pretende, hubiera de serle satisfecho a la parte demandante el importe de las cambiales, cuyo descuento obtuvo del banco, y ello a costa de la parte demandada, se produciría un enriquecimiento, a todas luces injusto y sin causa. (Sentencia de 21 diciembre 1984; no ha lugar.)

En cuanto al fondo, se hace en esta sentencia una correcta aplicación del principio del enriquecimiento injusto, cuyos requisitos esenciales se sintetizan adecuadamente. Quizá la novedad sea la invocación de una norma incluida en el Derecho Internacional privado español para fundamentar el reconocimiento legal de dicho principio. Menos novedad es la invocación de una Ley navarra contenida en su Compilación, pues obvio que el Derecho foral, junto con el común, integra la totalidad del ordenamiento civil español. Por lo demás tales apoyos legales son innecesarios, pues el principio de la prohibición del enriquecimiento torticero se halla profundamente anclado en el Derecho patrio.

(G. G. C.)

Muerte en accidente. Ausencia de responsabilidad.—Ha de decaer necesariamente el motivo si se tiene en cuenta que aquella situación de hecho establecida en la instancia pone bien a las claras que fue la propia conducta del menor, asociada a la carencia del extremado control que sobre ella había de prestarse, la determinante del desgraciado hecho en cuya producción no aparece acreditado el *minimum* de negligencia extraña que el artículo 1.902 del Código civil exige para fundar la responsabilidad civil de los demandados, conforme reiterada doctrina de esta Sala. (Sentencia de 18 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Sin que el bisabuelo pudiese evitarlo, un niño cayó a la vía férrea, desde unos cuatro o cinco metros de altura, por encima del primer tramo de barandilla. A consecuencia de las heridas el niño falleció. Por tal motivo se interpuso demanda contra Renfe, el Ayuntamiento de la localidad y la empresa constructora solicitando la correspondiente indemnización. El Juzgado y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

Reclamación de daños y perjuicios: Aplicación errónea. Cuantificación. Omisión de normas elementales de conducta: obligación de indemnizar.—El concepto «aplicación errónea» de determinados preceptos, no está comprendido en ninguno de los jurisprudencialmente admitidos, violación, interpretación errónea o aplicación indebida.

Para la impugnación de la cuantificación de los daños y perjuicios sólo es factible por la vía del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, acudiendo a la denuncia de los errores de hecho o de derecho en que la Sala de instancia pudiera haber incurrido (SS. de 13 noviembre 1981; 15 diciembre 1981 y 7 febrero 1983).

La omisión de una elemental norma de conducta obligada deviene en actuación culposa que genera la obligación de indemnizar. Sentencia de 29 abril 1985; no ha lugar.)

(D. A. G.)

Responsabilidad civil de los padres. Fundamento.—La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos realizados por los hijos que están bajo su potestad, se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que les incumbe, estableciendo el legislador una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad e insertando un matiz objetivo que obedece a criterios de riesgo, de forma que la responsabilidad dimana de la omisión del padre, madre o tutor, con independencia del nivel de discernimiento del que se encuentra «in potestate».

Prescripción. Interrupción por acto de conciliación.—La papeleta de conciliación interrumpe la prescripción extintiva a pesar de que el acto sin averencia no venga seguido de la demanda dentro del plazo de los dos meses, ya que conferida plena virtualidad interruptiva a la reclamación extrajudicial, no se subordina a la promoción ulterior de la demanda y no es posible limitar su eficacia acudiendo a una desorbitada interpretación analógica del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 22 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

Responsabilidad civil derivada de ilícitos penales.—Salvo en los concretos supuestos de reserva de las acciones civiles al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y siempre que se hubiere dictado sentencia condenatoria, será de aplicación el artículo 1.092 del Código civil, toda vez que el ilícito civil sólo tiene dos sustentos positivos: el contractual (arts. 1.101 y sig.) y el extracontractual (arts. 1.902 y sig.).

Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción.—En el caso de autos, concluidas con sobreseimiento, por fallecimiento del presunto autor del ilícito penal, las diligencias previas reguladas por el Texto refundido de la Ley sobre su uso y circulación de vehículos de motor, de 21 de marzo de 1968, el único cauce para que surja la responsabilidad civil es el extracontractual, lo que supone, a efectos de prescripción, aplicar el artículo 1.968 del Código civil y no el 1964 utilizado indebidamente por la Sala. (Sentencia de 13 de julio de 1984; ha lugar.)

Responsabilidad extracontractual. Litisconsorcio pasivo necesario.—Habiéndose producido el daño por causa directa de la acción de las sociedades demandadas, el Estado y los organismos competentes en materia de

aguas, que no tuvieron intervención alguna en los hechos debatidos, no han de intervenir en el proceso por aplicación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario.

HECHOS.—Como consecuencia de los vertidos realizados por las demandadas en los márgenes del río Carrión, se estrecha su cauce. La crecida del río producida en febrero de 1979 ocasionó, por ello, la inundación de la finca del actor y los daños consiguientes. Las demandadas pretendían que se extendiese la responsabilidad a la Comisaría de Aguas y a la Confederación Hidrográfica del Duero. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Seguro voluntario de accidentes. Interpretación de contrato. Responsabilidad frente a terceros.—Habiéndose pactado que si el vehículo está destinado al servicio particular del asegurado, se considerarán terceros, por extensión, las personas transportadas gratuitamente y que en los demás casos, para que quede garantizada la responsabilidad frente a terceras personas transportadas, habrá de pactarse expresamente en las condiciones particulares, en el presente caso se ha demostrado que el vehículo se dedicaba, no al servicio particular exclusivo de su dueño, sino al servicio permanente de grúa, y por ello queda excluido de la normativa pretendida, con total independencia de que el transporte fuera o no remunerado.

Servicio público.—La calificación de «servicio público» que hace el Juzgador tiene el significado de lo opuesto a uno meramente privado en cuanto destinado al uso público, para satisfacer, si se quiere, una necesidad pública, pero ello es técnicamente ajeno al servicio público estrictamente enmarcado en una organización administrativa apropiada que exigiese el sometimiento a un régimen jurídico especial. (Sentencia de 27 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

Seguro voluntario de accidentes. Acción directa del perjudicado. Condena penal en juicio de faltas. Inexistencia de cosa juzgada.—Dado que en el proceso penal no se ejercitó la acción civil contra la aseguradora por seguro voluntario, el perjudicado puede deducirla en procedimiento aparte, sin que pueda entenderse que en el procedimiento penal quedó juzgada la cuestión de la responsabilidad civil, siendo obvio que entre lo resuelto en dicha causa criminal y lo postulado en este procedimiento civil no existe, cuando menos, identidad de causa que pueda determinar la estimación de la excepción de cosa juzgada.

Responsabilidad directa y solidaria de la compañía aseguradora.—El asegurador, en lo que respecta a su obligación de indemnizar tiene frente al perjudicado, juntamente con su asegurado, una responsabilidad de carácter solidario, y dicha obligación le es directamente exigible, debiendo tenerse presente que las acciones derivadas de un seguro voluntario no resultan alcanzadas ni comprendidas en la general consunción que el proceso penal conlleva para cuantas otras acciones civiles pudieran derivar de los hechos constitutivos de delito o falta; por ello, aunque la acción civil ejercitada

contra la entidad aseguradora derive de un hecho sancionado como falta, tal circunstancia no priva al perjudicado de reclamar frente a aquella la indemnización a que fue condenado el asegurado por la misma. (Sentencia de 16 de julio de 1984; no ha lugar.)

3. Derechos reales

Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—El artículo 447 del Código civil dispone que solamente la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir, y el 1959, regulador de la prescripción extraordinaria, expresa que para ella no es necesario título ni buena fe, mas sin que pueda faltar el presupuesto de la posesión «*animus dominii*», indispensable núcleo de la usucapión.

Recurso de casación.—Se caracteriza por repeler en principio el control de los hechos, reservados soberanamente para los juzgadores de instancia.

Prueba testifical.—Debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. (Sentencia de 11 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado y la Audiencia Territorial consideraron que los demandantes no habían adquirido el dominio de las fincas por usucapión, ya que no poseyeron en concepto de dueños sino como arrendatarios. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Conviene destacar que el que posee en concepto de titular de un derecho real (por ejemplo, en concepto de usufructuario) es poseedor en concepto distinto del de dueño a efectos de usucapión del dominio pero es poseedor en concepto de dueño (de titular del derecho real correspondiente) a efectos de sucapir el derecho real.

Con razón señala PEÑA (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 58) que no cabe usucapir, por mucho que sea el tiempo que transcurra, si se posee en concepto distinto del de dueño, por ejemplo, en el de arrendatario (el caso de la sentencia que se anota) o en el de precarista. En particular se establece que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño (art. 1.942 del C. c.).
(A. C. S.)

Título nobiliario. Aplicación de la doctrina de la prescripción.—En supuestos como el debatido es aplicable la doctrina de la prescripción, como institución de carácter general, que ha de tenerse en cuenta en el ejercicio de los derechos para dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas, puesto que acreditado como hecho probado que FRA obtuvo la rehabilitación del título en 1884, sus sucesores han consolidado la prescripción o posesión, que a estos efectos puede considerarse inmemorial, con la concurrencia de los demás requisitos legales. (Sentencia de 7 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuestionándose la pertenencia de un título nobiliario, frente a la sentencia de la Audiencia que afirma el carácter imprescriptible de los títulos nobiliarios, el Tribunal Supremo acoge el recurso de casación.

NOTA.—No faltan autores, sin embargo, que basándose en el artículo 1.936 del Código civil (son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres) entienden que quedan excluidos de la prescripción los títulos nobiliarios (PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 57).

(A. C. S.)

Documentos auténticos. A efectos de casación.—Son solamente los que por sí mismos hacen prueba de su contenido, es decir, aquéllos que tienen legitimidad de origen, fehaciencia de contenido y expresión de un hecho o acto que pugne con la apreciación probatoria que fijó el juzgador. No sirven, pues, a este fin, los contratos que se declaren simulados y, además carecen de autenticidad los mismos documentos que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del litigio.

Principio de la fe pública registral. Requisitos.—Este principio supone dar prevalencia a la apariencia que emana de los asientos sobre la realidad jurídica extratabular con el fin de proteger al tercer adquirente de buena fe siempre que concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (adquisición de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades transmisorias e inscripción a su vez del título adquisitivo). En el presente caso, declarada simulada la escritura de compraventa por falta de precio y de tradición, queda negada la buena fe y la onerosidad de la pretendida adquisición y, con ello, la cualidad de tercero del adquirente, debiendo recordarse, igualmente, que la presunción de exactitud registral (ex art. 38 de la Ley Hipotecaria) opera, en general como presunción «*iuris tantum*». (Sentencia de 10 de julio de 1984; no ha lugar.)

Titularidad de la zona marítimo-terrestre.—Los terrenos comprendidos en la zona marítimo terrestre son bienes de dominio público. Son por tanto inalienables, imprescriptibles, «extra commercium» salvo desafección por acto de soberanía o adquisición anterior a 1880.

Imposibilidad de la usucapión tabular de estos bienes.—Ningún título registral, que inscriba como privado un terreno público en régimen de concesión, puede invalidar su carácter de dominio público. No cabe por tanto usucapión tabular del terreno porque el acto registral fue nulo y no hay que anularlo para ejercitar la reivindicatoria por parte del Estado.

Edificación en terreno de dominio público.—El particular que detente un terreno en virtud de una concesión administrativa debe considerarse edificante en suelo ajeno de buena fe, siendo ésta incuestionable dada la autorización concedida para edificar.

Recuperación de los terrenos concedidos por el Estado.—No debe el Estado recurrir a la reivindicatoria, sino a la vía administrativa, demostrando su necesidad y sobre todo, previa indemnización, lo que concuerda a su vez con el 361 del C. c. (Sentencia de 11 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Por dos concesiones administrativas de 1907 se otorga a dos particulares unos terrenos costeros «a título precario, sin plazo limitado

y con autorización expresa para construir un edificio dedicado a fábrica de conservas. En 1952, al constituirse una sociedad, se aporta a la misma dicha fábrica recibida en herencia de persona distinta de los dos concesionarios originales, y se inmatricula en el Registro según el 205 de la LH. En 1968 las titulares registrales venden todas sus participaciones (y la fábrica) a una marisquera.

Por O. M. de 1974 se realiza un deslinde de la zona y el Estado plantea reivindicatoria sobre los terrenos ocupados por la marisquera reconociendo el origen de la situación en 1907. Desestimada en 1.^a instancia, es parcialmente acogida por la Audiencia, reconociendo su carácter de dominio público, pero condicionando su devolución al Estado a que éste indemnice, en el sentido del 361 C. c., al particular.

Ambas partes recurren en casación. Alega el Estado infracción de los artículos 339-1, 348-2, 437, 1.218, 1.261-1 y de doctrina legal (la necesidad de título de poseedor civil para poder aplicar el 453 y 454 del C. c.) y aplicación indebida de la Ley de Puertos (art. 57); el particular alega violación del 348-2 del 1.957 C. c. y del 34 de la LH.

NOTA.—Compárese con STS 1 diciembre 1966, que admite dominio privado sin desafección de estos bienes y con STS 11 junio 1984, 15 septiembre 1984 y 9 noviembre 1984 sobre la posibilidad (o imposibilidad en la última citada) de que desde la Constitución de 1978 haya enclaves privados en zona marítimo-terrestre. La STS 23 abril 1976 admite la reivindicación en todo caso por el Estado. La STS 21 diciembre 1945 sobre la polémica aplicación del artículo 361 del C. c. a un caso similar.

(J. M. R. T.)

Compatibilidad del usufructo con la disposición del dominio por el nudo propietario.—El usufructo, por su propia esencia y naturaleza, no impide «la disposición del dominio por el nudo propietario... sin contar con la voluntad consentidora del usufructuario, desde el momento que con ello en nada se altera el usufructo...» pues el usufructo no genera división del dominio, salvo cuando incluye facultad de disposición.

Cuando el usufructo se extinga la nuda propiedad se consolidará en pleno dominio.

Momento del ejercicio de la acción de rescisión.—El momento del ejercicio de la acción por rescisión por lesión se determina por la «existencia actualizada de la causa que la determine». Así, en el contrato de opción de compra no puede ejercitarse antes de llevar a efecto la compraventa a que la opción facultaba. (Sentencia de 7 de mayo de 1985; no ha lugar.

(M. B. H.)

Inexistencia de indefensión cuando el interesado es citado en tiempo y forma.—Desde el punto de vista formal, no hubo indefensión o perjuicio para

el recurrente, al que se dio traslado de los escritos presentados por su contrario, y se requirió a ambas partes para hacer una propuesta sobre la división del inmueble, sin que el recurrente hiciera ninguna.

Acción de división de casa por pisos.—Desde el punto de vista sustantivo, lo que se ejercitó en la demanda fue una acción real «communi dividundo», de división de la cosa común, sin presuponer ni prejuzgar que existiere sobre el inmueble un régimen jurídico de propiedad horizontal, sino un régimen jurídico de copropiedad y atendiendo sólo a dividir la cosa en partes lo más equivalentes posibles, sin perjuicio de ulteriores regímenes jurídicos de aquella clase o de otra, a acordar independientemente por los interesados.

Comunidad de bienes y propiedad horizontal: elementos comunes.—La resolución recurrida no atribuyó a nadie elementos comunes, pues no existía régimen de propiedad horizontal, ni en la normativa especial sobre esta materia se señalan preceptivamente y de manera forzosa cuales hayan de ser aquéllos, por lo que la circunstancia de haber adjudicado a la recurrida «la parte de azotea», no es más que una consecuencia natural de la adjudicación de los pisos y que conduce a resolver la situación de indivisión planteada. Con ello, como se deduce de la sentencia de esta Sala de 12 de marzo 1959, no se resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia, sino íntimamente relacionados con la división ejecutoriada, ni se declaran derechos no comprendidos en la sentencia, ni se contraría sustancialmente lo establecido en ella, sino, por el contrario, se contribuye a dar solución definitiva a la litis planteada. (Sentencia T. S. de 4 de julio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitada la «actio communi dividundo» por los condóminos (dos) de un edificio en régimen de copropiedad o comunidad de bienes, el Juez de Primera Instancia falla ordenando la división del mismo en dos partes iguales y la adjudicación de los diferentes pisos o locales a los cotitulares. En la fase de ejecución se promueve un incidente, que es resuelto mediante auto por el que se adjudica a una de las partes el piso bajo vivienda, el primer piso y la azotea, y al promotor del incidente el resto (local de negocios, segundo piso y sótano). Este último recurre en apelación frente a dicho auto por considerar que, al adjudicar a su contraparte la azotea, se incurre en incongruencia, ya que en el pleito sólo se solicitó la división de la finca por pisos, no la de los elementos comunes (como es la azotea). La Audiencia Territorial desestima el recurso, y no ha lugar al posterior recurso de casación interpuesto ante el T. S.

NOTA.—A pesar de que la cosa común es aquí un edificio susceptible de división por pisos o locales, encuadrable en el artículo 401 Código civil, el Tribunal Supremo prescinde de la remisión que tal precepto hace al artículo 396 del mismo texto legal, el cual reputa elemento común (y como tal indivisible) la cubierta del edificio, concepto que incluye las azoteas (por ser éstas un tipo de cubierta construida en material pisable). La omisión se funda en la radical separación que esta sentencia establece entre comunidad de bienes y propiedad horizontal, sin apreciar que la división de un edificio en pisos y la adjudicación de cada uno de ellos a los cotitulares en régimen ya

de propiedad individual, introduciría el supuesto en el ámbito de la propiedad horizontal, aun cuando no se haya otorgado formalmente el título constitutivo de tal régimen. En este sentido, las sentencias del T. S. de 19 marzo 1971 y 28 junio 1973, así como parte de la doctrina (COCA PAYERAS en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», pág. 1695: DE LA CÁMARA, FUENTES LOJO, BATLLÉ). En contra se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, para quien la falta de título constitutivo del régimen de propiedad horizontal hace que, sobre un edificio dividido por pisos de los que diferentes personas son propietarios, no existiera una verdadera propiedad horizontal, sino quizás una propiedad horizontal atípica («de facto»), admitiendo no obstante que se le aplicasen por analogía las normas de la propiedad horizontal. Por tanto, aún desde esta postura, se llegaría a una misma solución: respeto a lo establecido en los artículos 401-2.^º y 396 del Código civil, así como a la legislación especial sobre propiedad horizontal. Por otra parte, en esta sentencia se afirma: «la normativa especial sobre propiedad horizontal no señala preceptivamente y de manera forzosa cuáles hayan de ser los elementos comunes», doctrina ésta que no es unánimemente seguida por la jurisprudencia del T. S. como se desprende de las sentencias de 10 mayo 1965, 23 diciembre 1982 y 25 mayo 1984 (esta última declara: «... si para la determinación de cuáles sean los elementos o servicios no privativos hay que estar forzosamente a lo dispuesto en el artículo 396 del Código civil...»). Es, asimismo, doctrina jurisprudencial reiterada la inclusión de la azotea entre los elementos comunes, dado que se incluye en el ámbito del artículo 396 del Código civil (SS. del T. S. de 24 junio 1968, 20 marzo 1970 y 25 mayo 1984), salvo que se trate de «terrazas a nivel» o «terrazas balcón» (L.A.F.).

Propiedad horizontal. Autonomía de la voluntad. Acuerdo unánime sobre gastos de calefacción y agua caliente que altera título constitutivo.—El principio de autonomía de la voluntad, consagrado genéricamente en los artículos 1.091 y 1.255 C. c., y específicamente en esta materia en el párrafo 2.^º del epígrafe b) del artículo 3.^º, párrafos 2.^º y último del artículo 5.^º y norma 5.^a del artículo 9.^º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, conforme tiene reconocida la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 16 febrero 1971, 23 abril 1974, 27 abril 1976 y 7 octubre 1978, entre otras), autoriza que por acuerdo unánime de la Junta General Ordinaria de propietarios se altera el régimen de contribución a los gastos de calefacción y agua caliente establecido en el título constitutivo, en favor del propietario de varios pisos debido a la no utilización de tales servicios, e incluso no instalación de medios para utilizarlos por llevarse a cabo particularmente a medio de instalaciones eléctricas.

Requisitos de modificación del acuerdo unánime sobre gastos de calefacción y agua caliente.—Fijada por unanimidad una determinada cuota de participación en los gastos de determinados servicios, la modificación que posteriormente se pretende ha de venir configurada con la misma exigencia de unanimidad, no siendo suficiente un acuerdo mayoritario relativo a aumentar en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad, pues incrementar un coeficiente supone aumentar lo que ya se venía abonando, pero no alterar las bases a que ese abono venía sometido, pues esta alteración requiere un acuerdo expreso, claro y terminante (Sentencia de 7 de enero de 1985; ha lugar.)

Propiedad horizontal. Acuerdos de la junta de propietarios.—Aunque se considerase que los Acuerdos de la Junta infringen lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal, si las infracciones no determinan la nulidad de pleno derecho consecuencia del artículo 6, párrafo 3 del Código civil, habría de admitirse que permiten la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción de impugnación por falta de su ejercicio en los 30 días siguientes a la notificación del acuerdo al impugnante. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

Propiedad Horizontal. Eficacia de los acuerdos de la Junta de Propietarios. Una vez cumplidas las condiciones establecidas en el artículo 16, número 1 de la Ley reguladora, los acuerdos de la Junta modificando los Estatutos son obligatorios para los propietarios, por lo que su obligación de contribuir a los gastos generales de la comunidad ha de ajustarse al módulo fijado en tales acuerdos.

Imposición de costas.—No puede revisarse en casación el uso de las facultades que competen al Tribunal de instancia en orden a la imposición o condena a alguna de las partes en las costas del juicio, salvo que su imposición sea preceptiva de acuerdo con un precepto legal. (Sentencia de 13 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

Propiedad Horizontal. Gastos de portería. Significado.—El término «porterías» integrado en los elementos comunes del régimen de propiedad horizontal no viene referido a la estricta pieza, habitáculo o garita sita a la entrada de los edificios y en la que el empleado de fincas urbanas desempeña sus funciones, sino que es un concepto genérico que comprende, a salvo lo que disponga los estatutos o el título constitutivo del régimen de la propiedad horizontal, tanto dichas piezas como la vivienda donde habite el portero e incluso a este mismo y sus servicios. (Sentencia de 3 de julio de 1984; ha lugar.)

Propiedad horizontal. Calificación de los sótanos como elementos comunes del edificio.—Si bien la Sentencia de 10 de mayo de 1965 declara que los sótanos no tienen la consideración de elemento común *per se* y sí la de «anejo» de las partes privativas, ello no implica imposibilidad de que los mismos puedan merecer la consideración de «elemento común», dado que ni el artículo 396 del Código civil ni el 3.^º de la Ley de Propiedad Horizontal hacen una descripción cerrada y por lo tanto «numerus clausus» de ellos en el régimen de la propiedad horizontal y sí meramente «ad exemplum», por lo cual puede perfectamente ser modificada por voluntad de los propietarios de cada inmueble, siempre que el acuerdo se adopte por unanimidad; en todo caso, para determinar el carácter común o privativo de los sótanos habrá de estarse en primer y preferente lugar a lo establecido en el título constitutivo. (Sentencia de 15 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Estimando en parte la demanda interpuesta en nombre de la Comunidad de Propietarios de los inmuebles, el Juzgado declaró que las plantas de sótanos existentes en cada uno de ellos constituyen elementos

comunes, sin perjuicio del derecho de propiedad que ostentan los titulares individuales de las viviendas sobre las carboneras existentes en ellas. La Audiencia Territorial confirmó este punto de la sentencia del Juzgado. No prospera el recurso de casación.

Retracto legal de comuneros. Interpretación de contrato. Contrato de cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión. Asimilación de este contrato al de renta vitalicia.

Presupuestos para ejercitar el retracto. Existencia de compraventa o de su equivalente, la adjudicación en pago de deudas.—El contrato litigioso ofrece una indudable y por ello incuestionada nota de aleatorio, porque si de una parte la cedente consintió en la transmisión del dominio de la mitad indivisa de sus fincas, la contraprestación de la cesionaria no está bien determinada, pues consiste en un conjunto de deberes de asistencia médica, alimenticia, hospitalaria y, en general, cuantas atenciones precise la cedente durante el resto de su vida, aproximándose lo convenido al esquema del contrato de renta vitalicia de los artículos 1.802 a 1.808. Por otra parte este contrato ni siquiera conlleva la transmisión del dominio de las fincas, pues en caso de resolución del contrato se devuelven las fincas a la cedente sin que la cesionaria tenga derecho de reembolso por las pensiones que haya satisfecho; por tanto, la posición de la cesionaria es diametralmente distinta a la posición que pudiera ocupar el adquirente en la compraventa o dación en pago, con lo que este contrato de cesión de bienes se aleja de los rasgos de certeza y trácto único, contemplados por el legislador al admitir y regular al régimen de los retractos legales de comuneros y colindantes.

La conclusión lograda, se inscribe en una línea jurisprudencial, que reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque pueden redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan; cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo (en este sentido, S. T. S. de 7 de julio de 1915, 5 de junio de 1929, 9 de julio de 1958, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas); y de ahí que, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas», que la renta vitalicia no autoriza el retracto, pues su naturaleza no es precisamente la de la compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los contratos aleatorios entre los que se incluye los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no es concurrente en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración. (Sentencia de 2 de abril de 1985; no ha lugar.)

(E. M. S.-R.)

4. Derecho de Familia

Divorcio pronunciado en el extranjero. Marido uruguayo y mujer española de origen. No pugna al orden público interno.—Atendida la inexistencia de Tratado entre España y la República Oriental de Uruguay para el reconocimiento y ejecución de las sentencias pronunciadas en el otro Estado, e inaplicable el régimen convencional que como primer criterio establece el artículo 951 L. E. C., habrá que atender al sistema de reciprocidad acogida en el artículo 952, lo que lleva a estimar la petición de *exequatur* respecto a la sentencia pronunciada por el «Juzgado Letrado de Primera Instancia, Primer Turno» de Montevideo, con fecha 30 agosto 1956, acordando el divorcio y consiguiente disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges que estaban domiciliados al tiempo de la sentencia en territorio de dicho Estado, del que era súbdito el marido y con posterioridad lo fue la mujer, habiendo sido correctamente utilizada en el caso la legislación foránea (artículo 107 C. c.) para decidir sobre materia que al presente no pugna con el orden público interno (art. 12, pár. 3 C. c.), por lo que debe prosperar, según dictamina el Fiscal, la petición formulada por la esposa, española de origen y en la actualidad residente en España. (Auto de 17 de diciembre de 1984.)

Razonada concesión del *exequatur* que en otros Autos se hace más sumariamente, sin apenas fundamentación, como ocurre en el de 12 enero 1985 relativo al divorcio de matrimonio civil celebrado en Alemania Federal entre súbdito español y mujer alemana.

(G. G. C.)

5. Derecho de Sucesiones

Interpretación del testamento.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que «de acuerdo con el artículo 675 hay que estar a la literalidad del testamento, siendo sólo permisible la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad testamentaria cuando ésta se expresa de modo oscuro, y a las palabras ha de otorgarse el sentido que de ellas se desprenda en relación con las circunstancias personales y sociales convenientes» (Sentencia de 24 de marzo de 1982).

La función interpretativa corresponde al Tribunal de Instancia.—La función interpretativa de las cláusulas testamentarias corresponde al Tribunal de Instancia, pudiendo, sólo en casos extraordinarios, entrar a conocer del alcance de las mismas al Tribunal de Casación cuando la interpretación llevada a cabo por la Sala sentenciadora resulte manifiestamente contraria al contenido de ellas, debiendo en cualquier otro caso, prevalecer el criterio del Juzgador de Instancia. Así, las Sentencias de 7 de diciembre de 1979; 30 de abril de 1981 y 24 de marzo de 1982.

Artículo 1.259.—No hay violación del artículo 1.259 del Código civil cuando existe autorización para contratar. (Sentencia de 1 de julio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—A la muerte de la heredera fiduciaria, que en tal concepto recibió la herencia, los albaceas nombrados en aquel testamento, se encargaron de la ordenación y administración de la herencia.

Facultados dichos albaceas por la testadora a vender para el pago de impuestos, no requiriéndose la intervención de la heredera fiduciaria ni a su muerte la de los herederos fideicomisarios, proceden a la venta de determinadas fincas integrantes del caudal hereditario, compraventa que da lugar a la demanda solicitando su nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia, por uno de los herederos fideicomisarios, contra el otro también fideicomisario (albacea e intervinientes en la compra de dichas fincas).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, confirmando el fallo la Audiencia y no habiendo lugar al recurso ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—A la vista de la presente Sentencia parece que estamos ante un problema de responsabilidad de los albaceas. El Tribunal Supremo llama la atención sobre el destino de los fondos obtenidos con la venta. Establece la Sala, citando lo dicho en la resolución recurrida, que el albacea se hallaba facultado en el testamento para vender inmuebles de la herencia con el fin de pagar los impuestos sucesorios, siendo en tal concepto como compareció a otorgar la escritura de venta, aludiendo al mismo tiempo, que la venta pudo operarse en vida de la heredera fiduciaria.

Creemos que hay que diferenciar ambos supuestos, dado que la facultad dispositiva de los albaceas se hallaba reducida para el caso del pago de impuestos sucesorios; mientras que en vida de la heredera fiduciaria, y en caso de necesidad de ésta, ella era la única facultada para vender, pero los albaceas habrían de calificar dicha necesidad.

Por otra parte, si los albaceas se hallaban condicionados en cuanto a su poder de disposición para el pago de impuestos, dicho pago debería haberse acreditado, dado que la facultad dispositiva en el cargo de albacea es una facultad especial, expresamente concedida por el testador.

Por tanto, parece que no podemos hacer referencia a ambos supuestos al mismo tiempo, necesidad de la fiduciaria o pago de impuestos porque cada uno de ellos estaba sometido a una regulación específica y diferente.

(A. C. L.)

Legado de cosa ajena.—Establecido en los testamentos de ambos cónyuges, que el piso que corresponderá a cada hijo, se acredita que en cada uno de dichos testamentos se otorga un legado de cosa ajena, válido de acuerdo con el artículo 861 del Código civil, de cosa cierta y determinada, en el que los dos testadores saben perfectamente que se trata de cosa ajena, que junto con la propia que dejan en usufructo a su cónyuge, integra la totalidad del inmueble. Por lo que no existe violación del artículo 864 del Código civil, por referirse precisamente el legado a parte de la cosa, siendo esta parte la mitad de la cosa, propiedad del otro cónyuge.

Interpretación del testamento.—Declara esta Sala al igual que hizo la Sentencia de 3 de abril de 1965, que a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos inter vivos, en los que al interpretarlos debe tratarse de resolver

el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también su punto de partida en las declaraciones del testador, su finalidad es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación —causante y heredero—, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento.

Función interpretadora.—Es reiterada la doctrina que mantiene este Tribunal al declarar que es de incumbencia de los Juzgadores de Instancia el fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el de los recursos, siempre que no aparezca evidenciado el de aquéllos en términos que contraría la voluntad expresa del testador.

Interpretación del artículo 739 del Código civil.—Manifiesta la Sala que es de recordar, una vez más, la compatibilidad entre los dos testamentos, al no mencionarse en el segundo la casa en litigio, que debe conectarse con los otros bienes de la testadora. (Sentencia de 29 de enero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. S. y doña M. B., casados bajo el régimen de separación de bienes, otorgaron testamento el mismo día y ante el mismo Notario. Disponiendo únicamente, de una casa de tres pisos, que éstos tenían en comunidad pro indiviso, nombrándose herederos en usufructo y legando a cada uno de sus hijos la nuda propiedad de su propia parte en la casa. Aclarando al mismo tiempo que cuando se consolidase el dominio correspondería en régimen de propiedad horizontal un piso a cada hijo, perteneciéndoles por partes iguales los elementos comunes. Posteriormente muere el padre y años más tarde la madre otorgó testamento nombrando heredera universal a su hija doña Concepción, no mencionando la citada casa.

Doña Concepción interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando la división de la casa y la adjudicación de dos pisos a ella y uno para sus otros dos hermanos. Contestando éstos que de acuerdo a lo establecido en el testamento de su padre se proceda a la división y adjudicación de un piso a cada uno de los hermanos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a lo anteriormente dicho. La Audiencia Territorial revocó en parte la apelada, condenando a la demandante a realizar la división tal y como habían solicitado sus hermanos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Destaca en la presente sentencia el criterio adoptado por la Sala en materia de revocación, cual es el de la compatibilidad, al interpretar la voluntad de la testadora. Criterio adoptado por la mayoría de las legislaciones extranjeras y que sin embargo nuestro Código civil, siguiendo el sistema romano, lo acoge conforme a una lectura literal de su artículo 739. La doctrina dominante y la Jurisprudencia intentan dar entrada a este criterio de la compatibilidad en el sistema sucesorio español, calificando nuestro artículo 739 de extremadamente rígido (véase DÍEZ PICAZO, *La pluralidad de testamentos* en «R. D. N.» 1960 A. C. L.).

Transacción. Efecto de cosa juzgada.—La autoridad de cosa juzgada que el artículo 1.816 del Código civil atribuye a la transacción, no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, dado que a la posibilidad legal de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contrapone la irrevocabilidad de tales sentencias. Tienen, sin embargo, de común que los mismos elementos subjetivos y objetivos que delimitan la cosa juzgada material, delimitan también la excepción de transacción, con idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla.

Naturaleza de las disposiciones testamentarias de residuo.—No pueden considerarse tales disposiciones como genuinas sustituciones fideicomisarias (del artículo 781 y complementarios del Código civil), no obstante tener algunos elementos comunes con ellas y poder serles aplicables, en determinados extremos, los preceptos que regulan esta figura jurídica. (Sentencia de 10 de abril de 1985; no ha lugar.)

(M. P. S. G.)

II. DERECHO MERCANTIL

Sociedad anónima de dos socios. Nombramiento de censores de censores de cuentas.—El nombramiento de uno de los dos accionistas como consejero, impide la aplicación del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas en lo referente a la designación de accionistas censores de cuentas, por no darse los presupuestos de hecho necesarios. Incluso en la hipótesis de dos accionistas no consejeros tampoco ha de estimarse necesaria la elección, pues si ésta implica necesariamente posibilidad de optar, no puede hablarse de elección si obligatoriamente deben designarse censores a los dos únicos accionistas, aunque ésta no sea la voluntad de los electores. (Sentencia de 18 de octubre de 1985; no ha lugar.)

(F. O. B.)

Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos sociales. Censores de Cuentas. Ha establecido la doctrina de esta Sala, en punto a los Censores de Cuentas, que contiene el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, prevenciones de derecho cogente o necesario en cuanto que el citado órgano es necesario para la fiscalización y censura de la gestión social mediante el estudio y la revisión del balance y de la cuenta de cada ejercicio previamente a su presentación ante la Junta General ordinaria, y que sólo puede ser excluido el órgano y su función en los casos en que su nombramiento no sea posible, ya por la inexistencia de la dualidad de administradores y accionistas o en las sociedades de modesto capital con administración desempeñada por todos los accionistas, excepción a la que sin duda alguna debe acogerse el caso que el recurso trae a la consideración de esta Sala, por lo que debe entenderse que no era precisa la censura.

Falta de «legitimatio ad causam».—Debe claudicar el motivo por la patente falta de interés personal de la demandante y recurrente en impugnar un acuerdo obviamente favorable a sus intereses como socio minoritario, lo que le despoja de la indispensable «legitimatio ad causam» para impugnar y ahora recurrir. (Sentencia de 4 de marzo de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—Se desestimó la demanda de impugnación de acuerdos sociales, aprobación de cuentas, gestión social y propuesta de reparto de beneficios. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1984 (extractada por APARICIO GONZÁLEZ en este ANUARIO, 1985, p. 492), donde se establece el significado que tiene la intervención de los Censores de Cuentas y se declara, de igual manera que en la sentencia que anotamos, que puede omitirse su intervención en aquellos supuestos en los que, por el escaso número de socios, la sociedad no cuenta con dos accionistas que no sean administradores.

(A. C. S.)

Junta General: Renovación del Consejo de Administración. Ejercicio del derecho de representación proporcional. Grupo de Sociedades.—La expresión «Renovación del Consejo», utilizada en el orden del día de la convocatoria de Junta General, abarca y comprende lo acordado en Junta General y que consistió en aceptar la dimisión de sus cargos presentada por el Presidente y el Consejero y por diecisiete Consejeros más y ceder en su cargo a otro consejero, pues la renovación del Consejo de Administración puede manifestarse cesando a un Consejero y aceptando la dimisión de los otros.

Para el ejercicio del derecho de representación proporcional las acciones deben agruparse previamente a la celebración de la Junta hasta constituir la cifra señalada y además ser dicha agrupación comunicada al Consejo de Administración con cinco días de antelación, por lo menos, a la celebración de la Junta General que hayan de ser elegidos los miembros del Consejo, haciendo constar las acciones agrupadas para tal fin.

Cualquiera que sea la regulación que merezcan las empresas en situación de recíproca participación, se halla por realizar en nuestro Derecho mercantil, el cual no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por el número variable de unidades productivas cada una de las cuales no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidos a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de Sociedades al que propiamente corresponde dar una información consolidada que elimine de algún modo el proceso de circulación de valores por el interior de cada empresa para presentar una información de la posición del grupo frente al entorno exterior al mismo grupo y denote quien ejerce el poder de decisión, su estructura y finalidades, no existiendo leyes como las británicas de mil novecientos cuarenta y ocho y mil novecientos sesenta y siete, la alemana de mil novecientos sesenta y cinco y la francesa de mil novecientos sesenta y seis, fuera de disposiciones de fines únicamente fiscales como el Real Decreto mil cuatrocientos catorce de mil nove-

cientos setenta y siete, de diecisiete de junio, por el que se regula la tributación sobre el beneficio consolidado de Grupos de Sociedades, el artículo veintidós del Texto refundido del extinguido Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades jurídicas, aprobado por Decreto tres mil trescientos cincuenta y nueve de mil novecientos setenta y siete, de veintitrés de diciembre, el artículo veinticuatro de la ley sesenta y una de mil novecientos setenta y ocho, de veintisiete de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y la disposición adicional tercera de la ley dieciocho de mil novecientos ochenta y dos, de veintiséis de mayo, sobre régimen fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial; y también el Decreto quinientos treinta de mil novecientos setenta y tres, de veintidós de febrero, del Plan General de Contabilidad, y las disposiciones dictadas para su desarrollo y aplicación. (Sentencias de 29 abril 1985; no ha lugar.)

(D. A. G.)

Impugnación de acuerdos de Sociedades Anónimas. Efectos.—La circunstancia de que, al tiempo de celebrarse la Junta General Ordinaria, estén entabladas impugnaciones de otros acuerdos adoptados por la Sociedad en años precedentes y cuyo resultado sea susceptible de influir en los posteriores, no puede entenderse que provoque una injustificada detención de la vida normal de la Sociedad. Sólo cuando se haya decretado la suspensión prevista en la norma 4.^a del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas podrá ponerse en tela de juicio la nulidad de los acuerdos posteriores.

Balance. Requisitos.—La declaración de nulidad de un balance en cuanto afecta a la aprobación y la cuenta de pérdidas y ganancias no acarrea la de los balances de años sucesivos, que pudieron ser corregidos de los vicios que afectaban al primero, y así ocurre cuando la Junta General subsana los defectos que se referían a las delegaciones de facultades.

Sanción por temeridad.—La apreciación del dolo procesal, en que se funda la imposición de la sanción prevista en el artículo 70, norma 11.^a de la Ley corresponde al Tribunal de instancia, según su prudente arbitrio. (Sentencia de 29 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

Impugnación de acuerdos sociales. Acumulación.—Los acuerdos sociales han de identificarse por su objeto y contenido, con abstracción de las circunstancias concurrentes en las Juntas en que recaigan y de las convocatorias de éstas; por lo que, los acuerdos adoptados en 1979 e impugnados en la forma legal, deben «unírse» con los de igual contenido adoptadas en la Junta Extraordinaria de 1980, reducida a la ratificación o rectificación de los primeros. Esto supone que, por imperativo de la norma 1.^a del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, todas las impugnaciones se sustancien en un solo proceso, pues, aunque el precepto parece pensado para acuerdos adoptados en una misma Junta, debe entenderse que abarca el caso planteado, siendo la acumulación el único camino para dejar resuelta la validez de los acuerdos litigiosos. (Sentencia de 13 de octubre de 1983; no ha lugar.)

Sociedad Anónima. Impugnación de acuerdos. Legitimación procesal de los herederos del socio fallecido. Artículo 24 Constitución Española.—Los herederos del socio fallecido están activamente legitimados *ad processum* a virtud del artículo 661 C. c., y aunque la herencia esté proindiviso, pueden ejercitarse las acciones judiciales en beneficio de la masa que correspondían al difunto; de otra forma se consagraría una situación de indefensión por hechos completamente ajenos a la voluntad de los herederos que por imperativo legal hubieron de observar ciertos plazos que superaban al de cuarenta días de ejercicio de la acción impugnatoria por los accionistas de los acuerdos de la Junta, quedando confirmada su legitimación, con efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante, máxime cuando así lo hicieron constar en el escrito inicial de la litis; y desde el punto de vista procesal, como hecho acaecido después de presentada la demanda, era aceptable la presentación del documento acreditativo de dicha legitimación, como permite el artículo 506-3.º LEC; el criterio contrario implicaría clara infracción del artículo 24 de la Constitución que proscribe toda situación de indefensión de los litigantes, sin distinción de clases de procedimientos, y, por tanto, también aplicable a los de orden civil.

Derecho de información del accionista.—El derecho de información de los accionistas de las Sociedades Anónimas va íntimamente ligado al *status* de socio, y tiene una de sus manifestaciones en el artículo 110 de la Ley, complementario del artículo 65, que señala un contenido mínimo inderogable en punto a la posibilidad de examen de los documentos reseñados en el artículo 108, esto es, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la memoria, que se pondrán a disposición de los accionistas en el domicilio social de la compañía quince días antes de la celebración de la Junta General; habiendo declarado la jurisprudencia que por ser este derecho consustancial a la titularidad que corresponde a los componentes de la sociedad, reviste carácter imperativo y como tal no es modificable por los particulares dado el aspecto público que muestra y la garantía que a los socios proporciona; obligación de inexcusable observancia cuyo incumplimiento por el Administrador en el caso debatido permite impugnar los acuerdos adoptados por la sociedad; siendo un hecho evidente reconocido por la entidad recurrida que la documentación de referencia no se hallaba a disposición del accionista en el domicilio social en el plazo que la ley señala, con lo que ello equivale a tener cerradas las oficinas, supuesto que la Sentencia de 17 febrero 1984 consideró suficiente para acordar la nulidad de la Junta. (Sentencia de 19 diciembre 1984; ha lugar.)

Sociedad Anónima. Derecho de información del socio.—Es nulo el acuerdo de la Junta General extraordinaria en lo que respecta a la aprobación de la gestión social de los administradores, cuando resulta acreditado que desde la constitución de la sociedad —que data de 12 junio 1979— hasta la fecha del acuerdo de 4 diciembre 1980, no han formulado cuentas y balance ni memoria explicativa alguna, infringiendo así su deber de informar que establecen los artículos 50, 65 y 110 de la Ley, y las SS. de 24 junio y 19 diciembre 1961, 13 abril 1962, 15 octubre y 4 noviembre 1971, 3 mayo 1977 y

8 marzo 1984; sin que obste a ello lo dispuesto en el artículo 57, que no configura una obligación sino un derecho que el socio podrá ejercitar pidiendo la convocatoria de Junta General ordinaria al Juez de Primera Instancia, lo que en modo alguno releva a los administradores de cumplir la obligación de rendir cuentas de su gestión social.

Error de hecho.—El propio acta de la Junta General impugnada no constituye documento auténtico a efectos de probar el error de hecho, pues según reiterada jurisprudencia carecen de tal condición los documentos que ya fueron examinados y valorados por la Sala de instancia. (Sentencia de 14 de julio de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

Sociedad de responsabilidad limitada. Pacto de continuarla con los supervivientes. Nulidad de la cláusula que impone aplazamientos y limitaciones al derecho de los herederos del socio premuerto.—La cláusula en virtud de la cual se prevé en caso de fallecer uno de los socios continúe la sociedad con los supervivientes, mediante la adquisición por ellos de las participaciones correspondientes al fallecido, apreciadas en su valor real, pasando a establecer la forma en que habrá de realizarse la operación de asunción de participaciones sociales, fraccionándose el pago en tres anualidades iguales, devengándose mientras tanto el 5 por 100 de interés anual, perjudica a los titulares y viola el artículo 21 de la Ley de 1953 al alterar el valor real de la participación, haciendo que sólo una parte de él llegue a los herederos, toda vez que prevé su aplazamiento de pago con un interés notoriamente inferior al normal.

Cosa juzgada. Apreciación de oficio del efecto positivo.—El efecto positivo de la cosa juzgada impide entregar al poder dispositivo de las partes la posibilidad de reproducir los litigios, pues el proceso, aparte de ser un instrumento para declarar el derecho en el caso concreto, es también una institución establecida por el Estado en interés de la comunidad, en aras de la seguridad jurídica y de la paz social. (Sentencia de 5 de octubre de 1984; ha lugar.)

Entre las partes se siguió otro proceso sobre el mismo objeto, resuelto por la S. de la Sala 1.^a del T. S. de 5 marzo 1984, y aunque en el presente proceso no se ha alegado la excepción de cosa juzgada, con evidente acierto se reproduce ahora la resolución recaída en aquélla. En el 2.^º considerando se recoge la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el llamado efecto positivo de la cosa juzgada, desde la S. de 27 octubre 1944 hasta la de 6 diciembre 1982 en la que llega a afirmarse que la cosa juzgada debe apreciarse de oficio por los Tribunales al afectar al fin inmediato del proceso, a la seguridad jurídica y al prestigio de los órganos jurisdiccionales.

(G. G. C.)

Sociedades anónimas. Nulidad de acuerdos. Incorrecta constitución de la Junta General. Improcedencia.—Si la sentencia basa su fallo en el incumplimiento del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando en rea-

lidad consta una fotocopia, autenticada y adverada notarialmente, de la lista de asistentes a la Junta extraordinaria, hecha en pliegos distintos a los del acta de la Junta, pero con explícita referencia en ésta de la existencia de dicha lista, con el nombre de los accionistas, número y posesión de acciones y la representación, en su caso, que ostentaban, es evidente que tal precepto fue indebidamente aplicado.

Incongruencia.—En ninguna de las alegaciones del pleito aparece pretensión alguna dirigida a la impugnación de la junta fundada en la incorrecta constitución de la misma por la ausencia u omisión de la referida lista, se comete incongruencia por resolver sobre punto o extremo no propuesto ni discutido. (Sentencia de 19 de diciembre de 1984; ha lugar.)

Al estar pendientes varios recursos contra acuerdos repetitivos de la Junta, la segunda sentencia establece una interesante doctrina sobre prejudicialidad o litispendencia a fin de evitar sentencias contradictorias en recursos que versan sobre acuerdos idénticos.

Marcas. Principio general de protección.—En lo relativo a la individualización y subsiguiente protección de los signos o marcas mercantiles, de los dos sistemas que suelen seguirse, el que pudiera denominarse de «actos de uso», caracterizado por la confrontación entre los signos objeto de discusión a través de su percepción directa por medio de dichos «actos», y el llamado formalista, cualificado por la inserción o incorporación de la marca en cuestión a una oficina pública o registro, el derecho positivo español se decide por el sistema de la inscripción registral; y en el orden internacional debe entenderse respecto de las marcas, que si bien el llamado Convenio de la Unión, celebrado en París el 30 de marzo de 1883, completado con el Acuerdo de Madrid de 14 abril 1891, han extendido el amparo internacional de los derechos derivados de la propiedad industrial, en general el primero y respecto de las marcas solamente el segundo, más allá de las fronteras de cada país en lo referente a protección, asimilación, etc., de la misma, e incluso han flexibilizado ciertos formalismos, especialmente en materia de registro, plazos de prioridad, caducidad, etc., no han alterado el principio de registración que impera en nuestro Estatuto de Propiedad Industrial.

Prioridad en caso de doble inscripción.—En el presente caso la misma marca para fabricar determinado producto detergente aparece doblemente inscrita, debiendo otorgarse la prioridad en favor de quien la inscribió más de cuatro años antes, aunque la segunda inscripción lo sea de cesión de una marca internacional. (Sentencia de 6 de abril de 1984; no ha lugar.)

Marca. Extinción por caducidad.—Habiendo transcurrido un período de tiempo muy superior al de cinco años, previsto en el Estatuto de la Propiedad Industrial (art. 158), sin utilizar la marca inscrita, es procedente la declaración de su caducidad, sin que a ello obste que se reemprendiese el uso de dicha marca, ya que, producida ya su extinción, no puede hacerse revivir, al operar la caducidad «ex lege» y con efectos fatales. (Sentencia de 22 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

Depósito en cuenta corriente. Reembolso de las sumas abonadas por el Banco. Enriquecimiento injusto.—Aunque el contrato de depósito en cuenta corriente no se confunde con el contrato de cuenta corriente propiamente dicho, sí toma del mismo la recíproca concesión de crédito y el consiguiente reembolso de las sumas que la entidad bancaria satisface a terceros por cuenta del cuentacorrentista particular, aunque éste lo ignore, a no ser que proceda contra la expresa voluntad del deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.158 C. c., que permite repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago, pues de otra forma se produciría un enriquecimiento injusto a favor de este último; entre las deudas satisfechas por el Banco se halla incluida el importe de una letra de cambio, pues el depósito irregular de dinero no se desvincula, según S. de 29 abril 1983, de la suerte que corran las operaciones de descuento comercial, operación similar a la aquí realizada de abono del importe de letra librada y aceptada por el cliente como «efecto financiero», según la terminología bancaria. (Sentencia de 2 de octubre de 1984; no ha lugar.)

Seguro de transporte marítimo de mercancías. Capacidad para contratarlo. El demandante al concertar el seguro objeto de controversia era titular de las mercancías a que se contrae el debate jurídico planteado, viajando las mismas por su cuenta y riesgo, siendo además poseedor del conocimiento de embarque y perjudicado a causa del siniestro producido, siendo indudable su capacidad para concertar el seguro, tanto por ser titular de las mercancías como por el evidente interés o responsabilidad en su conservación, habiéndose expresado en la póliza que contrataba el seguro por cuenta propia o por quien correspondiese.

Pérdida de la mercancía por varamiento del buque.—Habiéndose declarado probado que las causas del varamiento de la nave no pueden ser imputados al asegurado, no cabe aplicar las causas de no responsabilidad del asegurador establecidas en el artículo 756, números 1.^º y 3.^º del Código de comercio, pues no puede apreciarse como cambio voluntario de derrotero lo que se reconoce no imputable, ni que se ha producido prolongación de viaje a puerto más remoto que el designado en el seguro, pues ello no se ha debido a causas voluntarias. (Sentencia de 17 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

Seguro de caución. Alcance de la cobertura.—Es principio básico del seguro de crédito que la cobertura no ampare la totalidad del riesgo, sino que parte de éste se asuma por el asegurado, de forma que las liquidaciones de siniestros se practiquen aplicando a las pérdidas indemnizables los porcentajes de cobertura establecidos en la póliza.

Deuda de intereses. Liquidación de la indemnización.—Previstos en la póliza pagos parciales y provisionales, para llegar a la completa liquidación del siniestro, su incumplimiento por la aseguradora no debe dar lugar a la exacción de intereses moratorios, por deberse a las facilidades concedidas a la prestataria y a las prórrogas convenidas con la aseguradora, además de

considerarse la limitación de los componentes de la pérdida final que corresponde a los seguros de crédito. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Requisitos para la subrogación legal. La prórroga en el contrato de seguro.—En consonancia con la doctrina jurisprudencial y científica el T. S. considera que la aseguradora «Victoria Principal de Seguros Generales, S. A.», no tiene derecho a exigir indemnización a las entidades mercantiles CEOSA, S. A. y «Banco Vitalicio, S. A.», por los daños que la primera causó al asegurado de la recurrente Sr. Gómez Anguita. Este Alto Tribunal llega a esa conclusión teniendo en cuenta que el evento del hurto de la mercancía cubierto con el seguro, acaeció cuando la relación obligatoria existente entre el recurrente y su asegurado se había extinguido ante el vencimiento de la correspondiente póliza. Al no operar la subrogación legal, la sociedad CEOSA CAUSANTE por omisión o falta de vigilancia del daño, no está obligada a indemnizar, como tampoco obviamente lo está su aseguradora, aquella suma que la recurrente abonara a quien creyó su asegurado.

De otro lado no cabe entender prorrogada por convenio la póliza originaria por el carácter eminentemente formal del contrato impuesta por los artículos 737 y 738 del C. c. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1985; no ha lugar.)

(A. M. V.)

Póliza de seguro. Interpretación.—Sabido es que la jurisprudencia tiene dicho hasta la saciedad que la interpretación pertenece a la soberanía del juzgador de instancia y escapa al control de la casación, y que por ello esa privativa función exegética sólo puede ser combatida cuando aparezca ilógica, desorbitada, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal.

Cláusulas oscuras. Interpretatio contra stipulatorem.— El artículo 1.288 del Código civil es particularmente referible a las pólizas de seguros, redactadas por las Aseguradoras sin colaboración alguna del asegurado, por lo cual en punto a la interpretación que merezcan, habrá de estarse a la más favorable al asegurado. (Sentencia de 22 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Estando cosechando en una finca se produjo un incendio como consecuencia de desprenderse fuego por el tubo de escape de la cosechadora, que se propagó hacia los sembrados colindantes. Por tal motivo los perjudicados demandaron a los causantes del incendio y a la compañía aseguradora. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando a los demandados a que resarciesen los daños causados a los actores. No prospera el recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora.

NOTA.—No cabe duda de que la regla de interpretación contenida en el artículo 1.288 del Código civil (*interpretatio contra stipulatorem*) constituye el medio fundamental para proteger al adherente (en nuestro caso, el asegurado) desde la perspectiva de control indirecto de las condiciones generales de los contratos. Es importante destacar que el artículo 10,2 de

la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, dispone que las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas. A su vez, el artículo 7 del Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Ministerio de Justicia, Madrid, 1984) establece que la interpretación de las cláusulas oscuras o ambiguas contenidas en unas condiciones generales de la contratación no favorecerá en ningún caso al que utilice esas condiciones generales, aunque no hayan sido elaboradas por él.

(A. C. S.)

Contrato de seguro.—Una vez expedida la póliza, se cumple la exigencia de forma del contrato de seguro.

El supuesto de impago de la prima de la póliza de seguros, una vez fijado el precio, no se equipara al de proposición de seguros del artículo 7.^º del Reglamento de Seguros Privados de 2 de febrero de 1912.

La fecha para la puesta en marcha de la cobertura no puede ser unilateralmente corregida.—La fecha señalada para la puesta en marcha de la cobertura «no puede, unilateralmente, ser luego corregida de espaldas al asegurado en este contrato, en el que justamente ha de ser resaltada la característica de «uberrimae fidei», acudiendo al argumento de una demora en el pago que más propiamente se ofrece como retraso en el cobro...». (Sentencia 30 mayo 1985; no ha lugar.)

(M. B. H.)

Seguro de incendios: inexistencia de contrato por impago de la prima.— El artículo 388 del Código de comercio exige que el asegurador haya percibido la prima convenida para que quede obligado, pero no es menos cierto que en el presente caso, la empresa aseguradora aceptó el contrato, firmó la póliza y fijo la fecha en que debería comenzar a regir; como asimismo lo es que el asegurado quiso efectuar el pago de la prima, siendo imputable únicamente a la empresa aseguradora el que no lo efectuase realmente en la fecha que ella misma fijó para el recibo.

No resulta justificable la postura consistente en sostener que el asegurado no está legitimado para exigir el pago de la indemnización a la compañía aseguradora (se alega inexistencia de contrato por la causa arriba expuesta), la cual, por virtud del contrato de seguro, asumió como propia la obligación de reparar el daño sufrido. (Sentencia de 22 de noviembre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El caso trata de la cesión en arrendamiento de un local destinado a sala de fiestas, en cuyo contrato se pacta por las partes que el arrendatario vendrá obligado a contratar un seguro de incendios a su cargo sobre el inmueble arrendado y los bienes integrantes de la industria. Meses después, se produce un incendio que destruyó la totalidad del local. La

póliza del seguro fue extendida por la compañía aseguradora con anterioridad al siniestro, indicándose en ella como fecha inicial del seguro una precedente a la emisión de la póliza, la cual fue puesta manuscrita por el subagente de la compañía, que ésta confirmó. Siendo el hecho que, al ocurrir el siniestro, la prima estaba pendiente de pago, dado que al asegurado no se le presentó el oportuno recibo, a pesar de que trató de abonarlo; indicándosele que ya pagaría cuando le llegara el recibo, y que el seguro estaba ya efectuado desde la fecha convenida.

NOTA.—No es infrecuente observar en la práctica forense de seguros, como las compañías aseguradoras suelen oponer a la realización de su prestación reparatoria, la alegación de inexistencia de relación contractual por falta de pago de la prima a que viene obligado, en la estructura del negocio, el tomador del seguro.

Tanto la regulación del Código de comercio (arts. 380 a 438) y del Código civil (arts. 1.791 a 1.797) —normas aplicadas en esta ocasión conforme a las disposiciones de derecho transitorio—, como la vigente Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, derogatoria de la normativa anterior, no hacen depender el nacimiento de la relación aseguradora de la entrega o pago de la prima; como si a modo de contrato de perfección real, éste surgiera de la *datio rei*. El contrato de seguro, tanto en el derecho derogado como en el vigente, tiene su origen en la concurrencia de la oferta y la aceptación (no entramos en esta breve nota en la ya larga polémica sobre su naturaleza formal). A ello no es óbice, como por el contrario se pretende en este caso, que el derogado artículo 388 del Código de comercio, referente al seguro de incendios, mantenga que para que el asegurador quede obligado deba haber percibido la prima convenida. Prueba de ello es que, en caso contrario, el artículo 389 del citado Código (análogo al art. 15 del Texto vigente) concede al asegurador la facultad alternativa de rescindir el contrato o exigir su cumplimiento mediante acción ejecutiva. Una vez perfecto el contrato, el pago de la prima actúa como una *conditio iuris* del nacimiento de la obligación de prestación del asegurador. Es en este sentido, en el que la doctrina habla del «efecto suspensivo del nacimiento de la obligación del asegurador» (cfr. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*. Madrid, 1983, páginas 107-108). La Ley vigente no varía esta posición. No se hace depender el nacimiento y perfección del contrato del pago de la prima (cfr. arts. 6, 14 y 15 entre otros).

(F. O. B.)

Letra de cambio. Obligación del librador de atender a su reembolso.—Para que el librador de una letra de cambio quede comprometido con el tomador no es necesario que el importe de la misma sea directamente entregado al primero, de modo que basta cualquier forma de pago hecha por cuenta del librador, siendo asimismo reiterada la jurisprudencia que establece que la libre intervención del librador le coloca en la obligación de atender el reembolso que se le exige, ya que de las letras derivan obligaciones, a cuyo cumplimiento puede ser compelido aquél, mediante el ejercicio de las acciones que el artículo 516 del Código de comercio concede.

Doctrina jurisprudencial.—Una sola sentencia no puede ser válidamente invocada como doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 1 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En relación con el impago de una letra de cambio oportunamente protestada, el tema crucial de la controversia se centra en la instancia en el carácter en que el librador demandado estampó su firma en la cambial, dado que las partes mantienen antagónicas posturas, al establecer el Banco actor que lo fue como garante de la devolución de la cantidad representada en la letra y en cuyo importe estuvo interesado el librador, en tanto que éste mantiene que su intervención en el efecto cambiario fue simplemente de «relleno», «trámite» o «complemento», sin voluntad por parte del tomador ni del librador de que éste último quedara obligado frente al primero, cuestión que en las sentencias recaídas en la instancia es resuelta en favor de la posición mantenida por el Banco actor.

Aval cambiario limitado a tiempo: presentación al pago del avalista dentro del plazo.—El Tribunal Supremo estima que en casos como el presente de aval limitado a tiempo, en el que se dice de forma expresa que «quedará nulo y sin efecto el aval si no se exige su efectividad durante el referido plazo», no basta el levantamiento del protesto de la letra de cambio, sino que es preciso, en cumplimiento de la cláusula referida, la presentación de la letra al avalista para hacer efectiva su obligación de pago. (Sentencia de 31 de octubre de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—A diferencia del Código de comercio (aplicado en esta ocasión), que junto al aval parcial y a persona determinada, admitía el aval limitado a tiempo y a caso (art. 489), la Ley cambiaria guarda silencio sobre estas dos últimas modalidades, contemplando únicamente de modo expreso el aval parcial y el aval a persona determinada, como supuestos de aval limitado.

El hecho de que el aval no sea una declaración cambiaria necesaria para la eficacia y validez de la letra, ni para la transmisión del crédito cambiario, y que, por lo tanto, jueguen en ella intereses diversos a los que aparecen en otras declaraciones, hace que la Ley no exija que la declaración de aval sea pura y simple, como por el contrario lo pide para la aceptación, el libramiento y el endoso (arts. 30, 1, 2.^º y 15 respectivamente). Ello abre la posibilidad de existencia de otros avales limitados distintos (en este sentido, A. Rojo, *El aval en «Derecho cambiario: estudios sobre la Ley cambiaria y del Cheque»*. Dirigidos por A. MENÉNDEZ, Madrid, 1986, p. 578). De este modo, a nuestro entender, no habría graves inconvenientes para admitir que el avalista limite su responsabilidad por un determinado plazo, contado a partir del vencimiento de la letra, del protesto o de la declaración equivalente admitida por la Ley; e incluso el supuesto de que el aval se halle sometido a condición potestativa, como sucede en el caso de la sentencia (exigencia de efectividad dentro del plazo de vigencia). Cuestión sin duda más compleja, en la que no entramos aquí, es la de si, a la vista de los preceptos de nuestra reciente Ley cambiaria, cabría admitir la validez del aval condicional (en sentido afirmativo, A. Rojo, *Ob. cit.*, pp. 577-578). A lo expuesto no se opone el hecho de que el artículo 37 de la Ley establezca que el avalista responda de igual manera que el avalado, pues, a nuestro juicio, esta norma se dirige a definir la posición común que avalista y avalado mantienen en el círculo de los obligados cambiarios (art. 57), y a determinar los presupuestos que debe integrar la acción del acreedor cambiario para hacer efectiva la responsabilidad de ambos deudores (arts. 49 y 63); y no a exigir la identidad material de estas dos declaraciones cambiarias. Así se deduce de la naturaleza autónoma con que ha sido concebida la declaración de aval en nuestra Ley cambiaria (cfr. *Exposición de Motivos*; apartado III, párrafo cuarto).

Por último —a efectos de apostillar la argumentación desenvuelta en la sentencia— señalar que la Ley cambiaria no altera sustancialmente la articulación del acto de protesto que introdujo la ley de 22 de julio de 1967, que modificó los artículos 504 a 507 y 527 del Código de comercio. Por ello, el protesto por sí mismo no puede estimarse como prueba indubitable del exacto cumplimiento de la presentación de la letra al pago a los obligados cambiarios y por ende al avalista.

(F. O. B.)

Comisión de transporte: responsabilidad del comisionista.—El Tribunal entiende, en este caso, que la responsabilidad del comisionista se limita al concierto del contrato de transporte, cumpliendo con las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas, sin que a aquél le alcancen las consecuencias derivadas del desarrollo del transporte. La responsabilidad directa del comisionista con relación al cargador comitente, se desplaza al porteador, una vez que éste hubiere recibido las mercancías para llevar a cabo el transporte concertado. (Sentencia de 14 de octubre de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—El comitente, empresa exportadora de elaborados de papel, se negaba a realizar el pago de varias comisiones a la sociedad habitualmente encargada de realizar las gestiones de contratación del transporte de sus productos, por estimar que a ello no venía obligada, al no haber llegado parte de las mercancías a su destino y, en el mejor de los casos, haber sido entregada con graves y considerables demoras.

Reconocido y mantenido, por la Sala de apelación, el derecho del comisionista a obtener el pago, la demandada recurre en casación por infracción de ley.

NOTA.—A nuestro juicio, el fallo del Tribunal es fruto de una argumentación que no se compadece adecuadamente con el Derecho dado. Entendemos que no resulta aplicable, ni debe tomarse como *ratio decidendi* del caso, la norma del artículo 275 del Código de comercio. Dicho precepto contempla el supuesto de un comisionista ordinario, es decir, aquel que, en el desarrollo global de la relación de comisión, se obliga frente a su comitente a contratar el transporte para remitir las mercaderías que hubiera adquirido. En todo caso, se trata de un comisionista cuya actividad profesional de comisión no es precisamente la comisión de transporte. Por el contrario, la parte recurrente es un auténtico comisionista de transportes. Se trata de una sociedad cuya actividad empresarial se centra en el desarrollo y explotación de ese especial sector comercial. Siendo esto cierto, se echa en falta la mención del artículo 379 del Código de comercio, previsto, singularmente, para ordenar las especiales responsabilidades que incumben al comisionista profesional de transportes. El citado artículo concibe este específico tipo de comisión como una comisión de garantía, haciéndole responder al comisionista, frente a su comitente, por el buen fin de la operación, es decir, garantiza el cumplimiento correcto de las obligaciones del porteador. De él, y no del comisionista ordinario, es predictable esta especial dimensión del riesgo empresarial que conlleva su actividad.

(F. O. B.)

Contrato de mediación en exclusiva para la exportación. Reclamación de comisiones, cuando un órgano administrativo denegó la autorización del porcentaje pactado. No puede tenerse en cuenta la cita en casación de disposiciones administrativas que, además, carecen de rango legal. Equidad.

Las infracciones interpretativas imputadas a la sentencia impugnada vienen referidas a una disposición que, además de su naturaleza netamente administrativa, carece de rango legal; razón por la cual y según doctrina constante de esta Sala, su cita en casación no puede ser tenido en cuenta.

La comisión del 13 por 100 fue convenida por las partes; en el presente supuesto no existe obligación condicional alguna; y, además, la equidad, según pone de relieve el precepto que se cita como infringido, sólo puede entrar en juego «cuando la ley expresamente lo permita», lo que no acontece en el presente caso. (Sentencia de 8 de mayo de 1985; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

Quiebra fraudulenta. Supuestos legales.—1) El llevarse de forma defec-
tuosa y notoriamente incompleta los asientos de contabilidad no equivale a
la ocultación en balance de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes
o derechos, determinante de fraude (art. 890 núm. 6 del Código de
Comercio), sino simplemente de culpabilidad (art. 889 núm. 1) siempre y
cuando se cause perjuicio a tercero.

2) La realización de pagos por cuenta y beneficio de una sociedad en la
que estaba interesado el Director Gerente de la entidad quebrada no encaja
en el número 13 del referido artículo 890, pues no se ha justificado que tales
pagos se hiciesen por él mismo, ni menos que los anticipase en perjuicio de
los acreedores, ni siquiera que fuese otorgante, firmante, consentidor o reco-
nocedor de los mismos pagos.

Extensión de la quiebra. Límites.—El Código de Comercio (art. 891) presume
fraudulenta la quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pueda
deducirse de sus libros y dicha calificación merece la entidad quebrada,
pero no es posible extender la misma consideración a quien desempeñó los
cargos de Secretario y Director-Gerente cesando casi dos años antes de
producirse la declaración de quiebra y antes también del período de re-
troacción.

Calificación civil de la quiebra.—La intervención de la jurisdicción civil
viene estrictamente limitada a la calificación de la quiebra para provocar
la apertura del proceso punitivo, pero sin que prejuzgue la resolución defini-
tiva que tanto en la calificación, como en orden a los responsables y a la
clase de responsabilidad, pudiera apreciarse en el campo penal. (Sentencia
de 23 de junio de 1984; ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

*Situación de indefensión: Alcance del artículo 24 de la Constitución
Española.*—El primer motivo del recurso se articula por la vía del núme-
ro 6º del artículo 1.692 de la L.E.C. en relación con los artículos 24 y 117-3º
de la Constitución. Sin embargo, el derecho que consagra el artículo 24 de la

Constitución no es un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, como efectivamente ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencias de 8 de junio de 1981 y 30 de enero de 1985. No podrá alegar indefensión aquella parte que en su momento procesal no se opuso a una determinada pretensión.

Carga de la prueba.—Para que el artículo 1.214 del Código civil constituya motivo de casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C., ha de darse una efectiva inaplicación de aquél. Si, por el contrario, este precepto ha sido aplicado, no podrá invocarse este motivo, cualquiera que haya sido el criterio de valoración del material probatorio. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de marzo, 22 de junio y 21 de diciembre de 1985. (Sentencia de 6 de mayo de 1985; no ha lugar.)

(M. P. S. G.)

Instrucción de expedientes sancionadores. Artículo 24 de la Constitución. Debe ser rechazado el motivo, no sólo porque los documentos que se reputan como auténticos —los expedientes unidos a autos— carecen de autenticidad a efectos casacionales, por hallarse incorporados a las actuaciones y haber sido tenidos en cuenta y valorados, sino también porque la actividad sancionadora que la instrucción de los expedientes comporta se encuentra teñida de un evidente carácter penal que hace aplicable a su trámite el principio de presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución. (Sentencia de 25 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Promovida demanda contra una cooperativa de viviendas, recayó sentencia de la Audiencia Territorial en la que se estimaba la demanda y se declaraba la nulidad de los acuerdos sociales que decidieron la expulsión de los demandantes de la citada cooperativa, sentencia contra la que se interpone el recurso de casación.

Litisconsorcio pasivo necesario: Inexistencia.—Si el fundamento de esta figura radica en la necesidad de preservar el principio de audiencia evitando la indefensión, de manera que no sea pronunciada una resolución que afectaría a personas no demandadas y por lo tanto no comparecidas en el proceso para postular en su defensa, no puede ser debidamente opuesta la *exceptio plurium litisconsortium* cuando el sujeto ajeno a la controversia no resulta alcanzado por los pronunciamientos.

Congruencia de las Sentencias.—Esta exigencia impuesta por el artículo 359 de la L.E.C., significa una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan, pero no una literal concordancia entre ambos, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la aportación probatoria, le está permitido al sentenciador establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, pues lo que importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos

que fueron materia de debate, puesto que en ello estriba la *ratio essendi* de la concordancia exigida entre la decisión judicial y lo instado por los litigantes. (Sentencia de 9 de abril de 1985; no ha lugar.)

(M. P. S. G.)

Litisconsorcio necesario. Significado.—La «exceptio plurium litisconsortium» se funda en el principio procesal de audiencia bilateral e impide la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes no han sido parte en el juicio, tratando de evitar la emisión de sentencias contradictorias o de imposible ejecución. En definitiva, la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige la concurrencia de todas aquellas personas que, por ser titulares de un interés personal, atraen la conceptuación de litisconsortes y han de integrarse forzosamente en la relación procesal, apreciándose incluso de oficio su falta, pero sin que sea posible confundir esta excepción con la falta de personalidad. (Sentencia de 8 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

Bastanteo del apoderamiento.—La denunciada falta de bastanteo del apoderamiento que ampara la representación procesal de la entidad recurrida no puede ser estimada, en cuanto tal requisito no tiene en realidad otro significado que el de constituir, cual dice un ilustre procesalista patrio, una arcaica declaración de suficiencia del poder otorgado, aunque no sea precisamente el director del litigio, declaración que si bien ritualizada en el artículo tercero de la Ley procesal, no puede dar lugar a que su omisión tenga otro alcance que el de mero vicio formal cuya falta no se encuentra comprendida entre los casos taxativos que para producir casación por quebrantamiento de forma señala el artículo 1.693, constituyendo un mero formalismo que permite suavizar el rigor del artículo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no existiendo quebrantamiento de forma cuando se consiente la providencia en que se le tenía por parte. (Sentencia de 29 de abril de 1985; no ha lugar.)

Competencia: Lugar de cumplimiento del contrato.—Viajando las cosas objeto del contrato por cuenta del comprador, la entrega al mismo se hizo en el lugar desde donde se le remitieron, es decir, el domicilio del vendedor. Circunstancia que según muy reiterada jurisprudencia de esta Sala confiere la competencia al juez del domicilio del vendedor, puesto que la entrega en el lugar de su domicilio denota que es el lugar de cumplimiento del contrato, a tenor del artículo 1.171 del Código civil, en relación con el artículo 62, regla 1.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la emisión de letras influya en la determinación de la competencia, por implicar, según se ha reiterado por esta Sala, una mera facilidad del pago del precio. (Sentencia de 19 de junio de 1985, cuestión de competencia.)

(A. G. P.)

Competencia de la jurisdicción ordinaria.—Presupuesta la condición subjetiva que señala el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, claro está que la jurisdicción laboral no puede conocer de acciones no laborales,

como sucede en el caso debatido, pues lo que se pretende y la sentencia recurrida acuerda es la nulidad de la escritura de compraventa por falta de la indispensable determinación en el elemento del precio; problema carente de relación con los asuntos específicos atribuidos a dicha jurisdicción y que no constituye una cuestión accesoria, secundaria o instrumental y tampoco de ejecución relacionada con el objeto principal debatido ante el Magistrado de Trabajo.

Requisitos para que sea competente la jurisdicción laboral.—Se precisa que en los litigios que surjan sea parte el obrero ó, al menos, que a éste afecten los derechos que puedan declararse en la sentencia que por la jurisdicción ordinaria se dicte.

Fuerza atractiva de la jurisdicción ordinaria.—Por ser fuente y raíz de todas las restantes, tiene preferencia en el conocimiento de los casos que se estimen dudosos.

Naturaleza del remate.—Si bien tratándose de bienes muebles el remate tiene la naturaleza de una enajenación con la trascendencia de una compraventa perfeccionada, sin necesidad de otro acto posterior, el sistema de la Ley procesal tratándose de inmuebles es distinto del seguido por la legislación hipotecaria (regla 17 del artículo 131), pues impone el otorgamiento de escritura pública (artículo 1.514), condicionante de la entrega de los títulos y de la investidura de la posesión a favor del adquirente (artículo 1.515), cuando no se trata de la adjudicación al propio adjudicante (artículos 1.504 y 1.505), con lo que se da a entender que tal instrumento entraña la consumación del contrato, simplemente perfeccionado en la subasta a la que ha de seguir la liquidación de cargas, con el consiguiente en el precio, antes de aquel otorgamiento, que constituye el momento final en el apremio sobre inmuebles. (Sentencia de 9 de marzo de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa fue declarada en estado de suspensión de pagos, llegándose a un convenio y estableciéndose diversas hipotecas sobre terrenos y edificios de aquélla, a fin de garantizar los derechos de los acreedores, entre los que se encontraban trabajadores. A pesar de tal convenio fue seguido ante la Magistratura de Trabajo un proceso de ejecución, dirigido a la realización forzosa de los inmuebles para obtener la satisfacción de los créditos de los trabajadores. En contra del fallo del Juzgado, la Audiencia Teritorial acogió íntegramente la demanda interpuesta por la empresa (sociedad) en situación de suspensión de pagos y diversos acreedores postulando la declaración de nulidad de la venta en pública subasta de determinados inmuebles. No prospera el recurso de casación.

Cuestión de competencia. Lugar de entrega de la mercancía en el contrato de compraventa mercantil.—Al no constar en autos sumisión expresa o tácita de las partes, ni tampoco lugar de entrega de las mercancías en el contrato de compraventa que les vincula, es competente el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Elche como pretende el vendedor, y no por tanto el número 2 de los de igual clase de Torrelavega, como alega el recurrente y

comprador, habida cuenta de que la mercancía viaja a portes debido, es decir, por cuenta y riesgo del adquirente. Ante ello por imperativo de los artículos 1.171 y 1.500 del C. c. y 50 del C. de c., ha de reputarse lugar de entrega de la mercancía el establecimiento del vendedor. (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985; no ha lugar.)

(A. M. V.)

Competencia territorial. Lugar de cumplimiento de la obligación. Domicilio de la letra y lugar del protesto.—No habiendo constancia de sumisión expresa o tácita a ningún Juzgado, estando domiciliada la letra de cambio en Granada, que es también el lugar en donde se efectuó el protesto, debe considerarse a esta ciudad como el lugar de cumplimiento de la obligación a los efectos de determinar la competencia, de acuerdo con la regla 1.^a del artículo 62 L. E. C. y la constante interpretación de este Tribunal Supremo.

Defecto en el requerimiento de inhibición: Subsanación.—Aunque se observa que el requerimiento de inhibición se efectuó defectuosamente pues con el oficio pertinente no se acompañaron todos los documentos que señala el artículo 88 de la L. E. C., y según la antigua doctrina jurisprudencial era procedente declarar mal formada la cuestión de competencia, en el presente caso no debe apreciarse el defecto con tal rigor, pues la falta no puede achacarse a la parte interesada, que siendo completamente ajena quedaría perjudicada, y puede entenderse subsanada con la documentación presentada. (Sentencia de 26 septiembre 1984.)

Competencia territorial. Sumisión expresa. Requisitos. Lugar de cumplimiento.—Según reiterada doctrina sobre la sumisión expresa, ésta ha de establecerse de manera clara y precisa, características que en modo alguno pueden predicarse de los albaranes aportados por la demandante, en los que las partes se remiten a los datos y condiciones del dorso de aquellos documentos, según reza una nota estampillada en el anverso, la cual nota de remisión no aparece firmada por los interesados en uno de los casos, y, muy dudosamente, rubricada en otro; de todo lo cual aparece patente una incertidumbre que impide puede hablarse de sumisión expresa a efectos competenciales, por lo cual ha de atenderse a la regla 1.^a del artículo 62 L. E. C. que señala como Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y por tal el de la entrega de la mercancía, cuando no hay prueba de que los portes fueron cargados al demandado-comprador ni de que los efectos comprados viajasen por cuenta y riesgo del mismo, según notoria jurisprudencia con apoyo en los artículos 1.500 C. c. y 330 C. de c. (Sentencia de 8 octubre 1984; resolviendo cuestión de competencia.)

Principio de congruencia.—La debida correlación entre las pretensiones y los términos del fallo no priva al órgano jurisdiccional de completar el fallo con pronunciamientos complementarios que, fuera de la indeseable rigidez y literal sumisión, dentro de la sustancia de lo pedido, sirvan para impartir una efectiva tutela jurídica con estricto respeto al principio de rogación del que la congruencia es una importante, pero no única, manifestación.

Prueba de las presunciones.—Para que esta Sala reconozca la obligada relevancia a un hecho significativo y demostrado supliendo a la Audiencia que se abstuvo de extraer las obligadas consecuencias, el hecho demostrado ha de reputarse tan «significativo» que del mismo se siga el otro hecho demostrado como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible y en cierta manera insita ya en el primero. (Sentencia de 2 de julio de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—El comprador de un solar demanda a la mujer y las hijas del vendedor solicitando la declaración de la validez del contrato y el otorgamiento de la escritura pública del mismo. Las demandadas formulan reconvencción solicitando la nulidad de la venta por falta del consentimiento uxorio, lo que es estimado por el Juez de instancia y confirmado por el de apelación, aunque éste añade al fallo la condena a la devolución de la cantidad entregada a cuenta por el comprador, quien no pidió tanto en la demanda. El T. S. declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

(A. G. P.)

Prueba de la constitución de una sociedad mercantil.—Se verifica a través del Registro Mercantil, como imperativamente ordena la legislación aplicable, y no a través de actas notariales, que no tienen carácter de documentos auténticos a los efectos del recurso de casación, ni de confesión judicial.

Principio de congruencia.—Aunque la demanda no invoca el artículo 1.902 del Código civil (sino el artículo 1.591), al condenar con base en dicho precepto al recurrente, no altera la causa petendi, que permanece la misma, ni modifica la acción ejercitada tendente a un resarcimiento de daños, sino que se hace un admisible uso de los aforismos «da mihi factum, dabo tibi jus» y «jura novit curia». Sobre todo si se tiene en cuenta que las responsabilidades contempladas por el artículo 1.591 son independientes y se desenvuelven al margen de todo vínculo contractual, aunque sin estorbar las de este origen, y que el artículo 1.902, aplicable en defecto de contrato entre el perjudicado y el causante de los daños, se basa en un concepto de culpa que se contiene en el artículo 1.104 del propio Código sustantivo, fundamentado en la negligencia o descuido en circunstancias en que debió actuarse con la debida diligencia para prevenir daños.

Obligaciones del contratista.—La misión del contratista no es simplemente la utilización sin examen alguno del material que se le entrega para la obra, sino determinar según sus conocimientos técnicos o prácticos si el mismo es adecuado o apto para el fin que ha de realizar una vez incorporado al edificio. (Sentencia 1 de junio de 1985; ha lugar.)

NOTA.—Construido y entregado un edificio para viviendas, los comitentes demandan al constructor, a los técnicos y al suministrador de las viguetas utilizadas en la construcción, por ruina de la obra; la sentencia de primera instancia estima en parte la demanda, condenando al suministrador de las citadas viguetas como responsable de la ruina; desestimados por la Audiencia Territorial los recursos de apelación interpuestos por el demandado condenado y por los demandantes, ambos presentan recurso de casación: los segundos, por ser también el contratista responsable de los vicios de la

obra, lo que se admite por el T. S.; el primero, alegando no ser él quien suministró las viguetas, sino una sociedad mercantil de la que ni siquiera era socio, e incongruencia de la sentencia por haberle condenado conforme al artículo 1.902 del Código civil, que no fue invocado en la demanda. Ambos motivos fueron rechazados por el T. S., quien se aparta de su reiteradísima doctrina sobre la radical separación y autonomía de las pretensiones formuladas en ejercicio de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, y la imposibilidad de aplicar, cuando la acción que se ejercita no se corresponde con la efectiva responsabilidad del demandado, los principios «iura novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi iuss» (SS. 13 nov. 1901, 1 feb. 1910, 12 marzo 1926, 10 jun. 1929, 11 jun. 1951, 13 jun. 1962, 20 feb. 1964, 26 abril 1966, 11 marzo 1967, 8 oct. 1968, 12 mayo 1969, 27 nov. 1970, 26 jun. 1975, 5 oct. 1983, 26 enero 1984; igualmente, aunque admitiendo en algunos supuestos una facultad del demandante de optar por una u otra acción las Sentencias 2 abril 1957, 30 dic. 1980, 5 jul. 1983, 30 dic. 1981, 18 y 16 nov. 1983, 20 may. 1966, 24 nov. 1967, 23 enero 1970, 30 oct. 1971, 13 abr. y 10 nov. 1977, 23 mayo 1978, 29 abr. 1980, 14 abr. 1981, 5 enero 1982, 9 marzo 1983, 24 junio 1969, 21 marzo 1950, 7 feb. 1973, 20 feb. 1981, 28 marzo 1983, 16 abr., 1963, 20 mayo 1964, 16 dic. 1971, 18 jun. 1979, 17 nov. 1971, 2 mayo 1961, 22 dic. 1967, 8 julio y 14 oct. 1972).

(A. G. P.)

Solicitud de ejecución de sentencia de divorcio concedido en Venezuela en abril de mil novecientos setenta y cuatro a matrimonio canónico contraído en Santa Cruz de Tenerife en mil novecientos cincuenta y cinco, por españoles, de los que el marido adquirió la nacionalidad venezolana en mil novecientos setenta y tres.—Aunque no existe Convenio Bilateral con Venezuela, ni normativa internacional común a ambos países, tampoco consta que en éste se aplique la retorsión de artículo 953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apreciando observadas todas las exigencias para la concesión del «exequatur» que se establecen en el artículo 954 de la propia Ley, sin que la materia sea contraria al orden público interno español como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Civil después de la reforma efectuada con la Ley de siete de julio de mil novecientos ochenta y uno. (Auto de 25 de marzo de 1985; ha lugar.)

(P. M. H.)

Solicitud de ejecución en España de la sentencia dictada por la Audiencia territorial de Riom (Francia), acordando el divorcio de dos españoles. Incomparcencia de una de las partes.—El Ministerio Fiscal debe emitir dictamen en el que se exponga si se cumplen las exigencias del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda acordarse el cumplimiento de la sentencia firme dictada por el Tribunal extranjero, sin que lo anterior obste a dicha finalidad. (Auto de 19 de abril 1985.)

(P. M. H.)

Exequatur. Solicitud de ejecución de sentencia firme de divorcio dictada en Alemania.—Reuniendo la sentencia ejecutoria cuyo cumplimiento se pretende, todas las circunstancias que señala el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que tenga fuerza en España, no oponiéndose a su efectividad el orden público interno español tras la reforma llevada a cabo en el Código civil por la Ley de 7 de julio de 1981, constando que en la Repú-

blica Federal de Alemania se da cumplimiento a las sentencias dictadas por los Tribunales españoles y habida cuenta, además, de lo dispuesto en el número 3.^º de la Disposición adicional 1.^ª de la citada Ley de 7 de julio de 1981, ya que por la misma razón que la norma atribuye competencia a los Tribunales españoles cuando el demandante sea español, se impone reconocer dicha competencia al Tribunal extranjero cuando el demandante sea de su nacionalidad, procede, al haberse observado en la tramitación del expediente todos los requisitos legales y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, otorgar el cumplimiento en España de la meritada sentencia extranjera. (Auto de 25 de marzo de 1985.)

(L. F. R. S.)

Documento auténtico.—Carecen de la nota de autenticidad a los fines de la casación, las actuaciones precedentes cuando no se trata de obtener los efectos inherentes a la cosa juzgada material.

Valor de las resoluciones interdictales.—Las apreciaciones del Juez en el interdicto no vinculan al juicio declarativo posterior, porque contemplan el simple «hecho posesorio» y en nada coartan la operación crítica que el sentenciador en el proceso ordinario realice.

Finalidad del interdicto de obra nueva.—El proceso interdictal tiene una finalidad meramente precautoria y busca tan sólo la suspensión de una obra no concluida, al margen de toda definición sobre los posibles derechos incompatibles con ella, dotando a la resolución recaída en tal proceso de un carácter provisional.

Vuelo sobre el fundo ajeno.—La pertenencia del subsuelo al predio bajo cuyo suelo se encuentra (350 del C. c.) es un principio fuertemente limitado por la legislación minera y por el razonable interés del propietario, pero en ningún caso puede fundamentar que por invadir el vuelo del fundo ajeno con elementos o partes de un edificio propio, se hace propio el espacio de terreno que hay debajo de dichos elementos sobresalientes, posibilidad además rotundamente excluida por el 592 del C. c. (Sentencia 14 junio 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En una finca urbana la construcción de un edificio ha sido paralizada por el interdicto de obra nueva interpuesto por el propietario de la finca colindante, de cuyos límites sobresalen las vigas de carga, aleros y cabrios del edificio situado en ella, traspasando la medianería de ambas fincas. Entablada demanda para continuar la obra paralizada, solicitando poder elevar la pared ya iniciada, variar la servidumbre de aguas y que el vecino elimine los elementos sobresalientes del tejado y edificio, éste reconvino. Se apreciaron parcialmente ambas pretensiones, pudiendo variar la servidumbre de aguas y debiendo reconstruir la pared medianera en la zona equidistante de ambas construcciones. La Audiencia ordenó además que el demandado eliminara los obstáculos sobresalientes para que pudiera elevar

la actora la pared comenzada. El demandado interpuso casación por apreciación errónea de la prueba en contradicción con documento auténtico (la sentencia interdictal) y por infracción del 348 y 350).

(J. M. R. T.)

Recurso de casación y normas reglamentarias.—Es doctrina reiterada de esta Sala que el recurso de casación ha de fundarse en la infracción de Ley o de doctrina legal y no en la de Decretos, pero, en el presente caso, el precepto alegado, del Reglamento de Cooperativas de 16 de noviembre de 1978, coincide sustancialmente con el artículo 27 de la Ley de Cooperativas por lo que su infracción comporta la del precepto legal. Además, se cita como infringida una reiterada doctrina jurisprudencial, por lo que ha de entenderse bien formulado el recurso.

Impugnación de acuerdos de Cooperativas.—Los acuerdos que se pretendan contrarios a la Ley pueden ser impugnados al amparo del procedimiento especial, pero, caso de utilizarse este cauce, habrán de serlo dentro del plazo de cuarenta días que se contempla en el apartado 2º, artículo 54 del Reglamento, plazo que ha de reputarse de caducidad. (Sentencia de 8 de febrero de 1984; ha lugar.)

Significado del artículo 1.695 L. E. C. (vigente antes de la reforma de la L. E. C. por Ley de 6-8-1984).—El artículo 1.695 L. E. C. consagra una modalidad de casación, de excepcional y limitado ámbito, que no guarda conexión alguna con la regulada por el artículo 1.692 de dicha Ley. El artículo 1.695 no recoge el supuesto normal, de someter al T. S. una sentencia aún no ejecutoria para determinar su acomodo o no a la Ley o doctrina legal, sino de ver si, atenidos a la parte dispositiva de la que ya es firme, los pronunciamientos de instancia ordenados a su ejecución desbordan el contenido de lo mandado de cualquiera de los dos modos —resolviendo puntos sustanciales no controvertidos ni decididos, o proveyendo en contra de lo ejecutoriado— previstos en el artículo 1.695.

El pronunciamiento de instancia no desborda el contenido de la sentencia que ha de ejecutarse cuando, sin declarar nuevos derechos, nutre el mero contenido abstracto de los ya declarados en una necesaria operación de ejecutar lo juzgado mediante determinaciones que, siendo natural consecuencia de lo que la sentencia dispuso, viabilizan el mandato judicial. (Sentencia 28 junio 1985; no ha lugar al recurso.)

(E. G. C.)

Medios de prueba.—No existe violación del artículo 1.253 del Código civil cuando el Tribunal de Instancia llega a determinada conclusión, no por prueba de presunciones, sino habiendo valorado la prueba testifical conjuntamente con la documental y las demás, esto es, mediante pruebas directas, como constantemente viene declarando esta Sala. (Sentencias de 4 de abril y 8 de mayo de 1984.)

Carga de la prueba.—Es reiterada la doctrina de esta Sala sentenciadora mantenida en sentencias de 26 de junio de 1974, 14 de noviembre de 1980,

21 de diciembre de 1981, 15 de abril de 1982 y 31 de octubre de 1983, que el artículo 1.214 del Código civil al no contener norma valorativa de prueba alguna, no puede amparar el Recurso de Casación, más que en aquellos supuestos, en lo que el principio que regula, la carga de aquélla se hubiera invertido. (Sentencia 14 de junio de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de la apertura de cuenta corriente por un particular en una entidad bancaria, se producen una serie de cargos de alto importe en dicha cuenta por diferentes conceptos. Se cuestiona la existencia de orden específica por parte del cuentacorrentista para el cumplimiento de los diferentes pagos y al mismo tiempo si una vez producidos, la entidad bancaria notificó al titular de la cuenta, las cantidades cargadas mediante los saldos de cuenta que dichas entidades envían oportunamente. Cuestiones que dieron lugar a que el titular de dicha cuenta interpusiera demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia, absolviendo este Tribunal a la entidad bancaria, confirmando el fallo la Audiencia y no habiendo lugar al Recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo.

(A. C. L.)

Valoración conjunta de la prueba. Confesión.—El Juzgador de instancia llega al resultado impugnado después de valorar en conjunto la prueba practicada, que, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, no puede desarticularse con algún medio concreto, por muy importante que sea, como la confesión. (Sentencia de 26 de marzo de 1985; ha lugar.)

Documento administrativo.—El motivo no puede prosperar, no sólo porque en modo alguno puede otorgarse el carácter, a efectos casacionales, de documento auténtico al citado informe, tanto por figurar transcrita en autos por testimonio judicial y haber sido tenido en cuenta y valorado por la Sala de Instancia, como por su carácter meramente administrativo, según doctrina constante de esta Sala, y también porque con este motivo intenta contradecir el recurrente un simple y mero «obiter dictum» o razonamiento complementario de la sentencia de apelación. (Sentencia de 23 de abril de 1985; no ha lugar.)

Prueba pericial.—Es inatendible el motivo consistente en pretender la prevalencia de la opinión del técnico informante a instancia del propio recurrente contrariamente a la apreciación, en principio más objetiva, por desinteresada, de la Sala de instancia en la valoración de la sana crítica de la total pericia aportada a los autos y de las restantes probanzas de las que también hace cumplido mérito.

Ineptitud del motivo para fundar el recurso de casación.—Tan heterogénea materia se mezcla confusamente contrariando el orden, claridad y precisión que el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige bajo sanción de la inadmisibilidad prevista en el número cuarto del artículo 1.729. (Sentencia de 23 de abril de 1985; no ha lugar.)

Incorrección formal en la interposición del recurso.—Aparte de la incorrección formal de duplicar el concepto de la infracción, de manera dubitativa, en contra de la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la naturaleza procedural de los preceptos invocados impide su alegato en un recurso de casación por infracción de Ley.

Documentos apreciativos.—Están desprovistos de la autenticidad requerida. (Sentencia de 18 de marzo de 1985; no ha lugar.)

Reclamación de cantidad; legitimación activa.—*Recurso de casación: no es una tercera instancia; naturaleza de la casación.*—No se ha probado que la sociedad, a la cual pertenece el actor, contrata con el demandado, y por el contrario, las relaciones contractuales que motivan la reclamación de cantidad se han mantenido entre actor y demandado, por lo que es evidente que ambos están vinculados contractualmente, y es claro, por tanto que el actor está suficientemente legitimado para ejercitar la acción esgrimida en la demanda.

Establecida así esta manifestación de hecho en la sentencia recurrida, y al no haber sido atacada por el cauce o vía del error de hecho que le depara el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., vigente al tiempo de interposición del recurso, ha quedado incólume en casación, y por tanto es vinculante en ésta, por lo que el tratar de desvirtuarlo el recurrente con base en el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C. es pretender crear mediante especial y extraordinario recurso de casación una tercera instancia, generada por una pretendida nueva valoración de la prueba, con olvido de que no es procedente efectuarlo, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (S. T. S., entre otras, 5 de julio de 1941, 18 de marzo de 1945, 18 de febrero de 1965 y, 20 de septiembre de 1983), y con más precisión hacer supuesto de la cuestión, también inadecuado, pues la naturaleza de la casación, como viene siendo puesto de manifiesto en constante doctrina jurisprudencial, viene determinada por la solución jurídica que debe corresponder a manifestaciones fácticas establecidas con aspecto vinculante, por la Sala Sentenciadora de instancia. (S. T. S., además de otras, de 23 de marzo de 1961, 23 de marzo de 1964 y 5 de octubre de 1983). (Sentencia de 29 de abril de 1985; no ha lugar.)

(E. M. S. R.)

Acta de reconocimiento judicial: Valor a efectos de casación.—La diligencia de reconocimiento judicial es uno de los medios de prueba que numera el artículo quinientos setenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con nítida distinción respecto a la que significa la de «Documentos», que también consigna, y en este sentido reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS. 14 abril 1955; 20 noviembre 1974; 29 noviembre 1976 y 20 marzo 1984) ha sancionado que las Actas en que el reconocimiento judicial, se hace constar, no constituye documento auténtico a los efectos de casación. (SS. de 29 de abril de 1985; no ha lugar.)

(D. A. G.)

Recibimiento a prueba en segunda instancia por causa no imputable al que solicitar la prueba.—Al diligenciarse en el último día del vencimiento del plazo de práctica de prueba, la documental consistente en expedir testimonio de particulares de los Autos doscientos cuarenta y seis de mil novecientos sesenta que no se practicó por no aparecer los Autos en el archivo, por ello, no fue posible llevar a efecto el testimonio interesado, con la lógica consecuencia impeditiva. Claramente se revela que, en ese particular probatorio, se está en presencia de la situación impeditiva de no haber podido hacerse en primera instancia en su totalidad la práctica de tal medio de prueba documental, por causa no imputable al proponente, que genere la viabilidad del otorgamiento de recibimiento a prueba en segunda instancia a que alude el número segundo del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 30 de abril de 1985; ha lugar.)

(E. M. S. R.)

Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.—La maquinación fraudulenta determinante de revisión requiere la prueba de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia fue ganada por medio de ardides o maniobras artificiosas, incluyéndose cualquier argucia encaminada a dificultar o impedir que llegue a noticia del demandado el emplazamiento o citación para el juicio; y tal ocurre cuando la actora indica, para dichas diligencias, un domicilio que sabe no es el real del ejecutado, pero siempre que sea probado en forma concluyente. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.)

Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.—Sólo es apreciable esta causa de revisión cuando se haya llegado al fallo impugnado por medio de ardides o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista un nexo causal suficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial. No puede calificarse de maquinación fraudulenta el uso que de la libertad de defensa realice el demandado y, concretamente, la no aportación de una prueba que le hubiera perjudicado, beneficiando al actor ahora recurrente. (Sentencia de 28 de marzo de 1984; no ha lugar.)

Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta. Fuera de plazo.—Los presuntos hechos nuevos se ponen en conexión con la querella criminal que la entidad arrendataria recurrente interpuso contra el arrendador y su hijo, por falsedad y estafa, basada en los mismos hechos que se exponen en el escrito del recurso, debiendo advertirse que el mismo día que se formula la querella ya se tenía conocimiento de los hechos en que se basa, y es la fecha a partir de la cual empieza a transcurrir el plazo de tres meses del artículo 1.798 L. E. C., pues este conocimiento es el que entra en juego y no el resultado de la calificación a efectos penales, y, por otra parte, al haber recaído auto de sobreseimiento libre impide el calificativo de «fraude» a la supuesta maquinación.

Requisitos de la maquinación fraudulenta.—Según reiterada jurisprudencia, para que la maquinación fraudulenta pudiese ser tomada en consideración tendría que resultar de hechos ajenos al pleito, y no de los que fueron alegados y debatidos en el mismo. (Sentencia de 10 octubre 1984; no ha lugar).

Sabido es que la causa 4.^a del artículo 1.796 L. E. C. es la más alegada en el recurso de revisión (Cfr. DOVAL DE MATEO, *La revisión civil*, Barcelona 1979, p. 355), pero aquí no lo ha sido en lo relativo a la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, sino a un caso genérico de maquinación fraudulenta. Se había ejercitado una acción de desahucio de local de negocio por obras consentidas, y el arrendatario alegó autorización otorgada por el hijo del arrendador, pero se demostró que su poder había sido revocado. Una querella por estafa contra aquéllos, resulta sobreseída libremente.

(G. G. C.)

Recurso de revisión. Desahucio por precario. Documento sobre ruina del edificio.—El documento relativo a la supuesta ruina del edificio está referido a una situación anterior a la sentencia de desahucio que se cuestiona, no está en ninguno de los supuestos del artículo 1.796 L. E. C. y pudo traerse al pleito en primera instancia, aparte de que su contenido no afecta al del proceso en que recayó la sentencia en revisión. (Sentencia de 18 enero 1985; no ha lugar.)

Arbitraje. Conducta desleal. Principio de la buena fe.—Tomando en consideración las exigencias del principio de buena fe que informa nuestro jurídico, resulta contrario a las exigencias éticas a las que debe acomodarse el comportamiento de las partes, tanto en la elaboración o concreción del contrato como en su posterior ejecución, señalar de mutuo acuerdo la fecha inicial del cómputo del plazo para la emisión del laudo arbitral y dejar al criterio de los árbitros la utilización de la prórroga establecida en la escritura de compromiso y después desconocerlo o impugnarlo. (Sentencia de 27 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—En contra del laudo dictado en arbitraje de equidad se formula recurso de nulidad al amparo del artículo 30 de la ley de 22 de diciembre de 1953, por entenderse que los árbitros dictaron el laudo recurrido fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso. El Tribunal Supremo desestima el recurso planteado.

NOTA.—Parece, en rigor, un supuesto donde tiene perfecta cabida la doctrina de los actos propios, siendo evidente que la conducta contradictoria se sitúa en el cuadro general del principio de la buena fe (DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 143).

(A. C. S.)

Arbitraje de equidad. Recurso de nulidad contra el laudo. Doctrina general. Es doctrina reiterada que el Estado permite a los particulares que la resolución de sus litigios civiles en los que no haya implícito un interés público se entregue por ello a un organismo extraoficial denominado arbitraje, que funciona en instancia única, el que, si bien de tipo unitario, tiene la variante opcional de la forma en que deben fallar los árbitros, según que éstos tengan

que hacerlo con arreglo a derecho o sólo con sujeción a su leal saber y entender, esto es, con equidad, la que ni admite en principio grados funcionales, ni jerarquía jurisdiccional, porque la unicidad es consustancial a su naturaleza, y como estos árbitros no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado, ni con sujeción a derecho, no se les puede imputar errores *in iudicando* ni *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando se extralimitan a obrar con exceso de poder, sin que sea permitido discutir los fundamentos y el mayor o menor grado de acierto del laudo siempre que la resolución no rebase la materia sometida al compromiso, pues la misión del Tribunal Supremo al conocer de la nulidad es dejar sin efecto lo que constituye extralimitación, pero no corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente.

Resolución de puntos no sometidos a arbitraje.—Basta que los árbitros guarden acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos probados que sirvan de apoyo a la petición, teniendo en cuenta el conjunto de cláusulas compromisorias en relación con los antecedentes que explican la finalidad que se persiguió en el convenio; en el presente caso, más que a extralimitaciones de poder por parte del árbitro, los defectos denunciados se refieren a las modalidades de práctica de la división que se le encomendó, las cuales, ni pueden ser recurridas ante esta Sala, ni puede la misma entrar en su conocimiento. (Sentencia de 9 octubre 1984; no ha lugar.)

Obligatoriedad de laudo dictado por árbitro inglés. Mandato expreso y poder especial. Prescripción y orden público.—El T. S. accede al exequatur reconociendo que debe cumplirse en España el laudo arbitral dictado en Londres el 8 de julio de 1983, dado que en virtud de los artículos 9.11 y 1.711 del C. c., así como del artículo VII del Convenio de Ginebra, y V-1-a de la Convención de Nueva York, la cláusula contenida en el contrato de fletamento obliga a los contratantes a someterse en España a lo establecido por el árbitro inglés.

En este auto se reafirma la diferencia entre mandato expreso y poder especial, habida cuenta de que el primero, ex artículo 1.710 del C. c., puede darse por instrumento público, privado y aún de palabra.

Por último, es rebatida la tesis de la parte recurrente, que sobre la base del artículo 951 del C. de c., argumenta la prescripción de la acción para el cobro de los portes, fletes y gastos, en tanto en cuanto la indeterminación del concepto de orden público, o la laxitud que al mismo quiera dársele, nunca podrá comprender la singular regulación de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico, ya que ni siquiera forma parte del derecho imperativo. (Auto del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1985; no ha lugar.)

(A. M. V.)

**Suscripción anual: España, 5.500 pesetas
Extranjero, 6.500 pesetas**
**Número suelto: España, 1.800 pesetas
Extranjero, 2.200 pesetas**