

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XL
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXXVII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo
SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
CARLOS VATTIER FUENZALIDA, <i>La interpretación integradora del contrato en el Código civil</i>	495
JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ, <i>Presuposición y riesgo contractual</i>	525
ANGEL CRISTOBAL MONTES, <i>El «commodum representationis» del artículo 1.186 del Código civil</i>	601
Información legislativa	
A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH	615
Estudios jurisprudenciales	
J. M. RODRIGUEZ TAPIA, <i>Vídeo comunitario, libertad de expresión y concepto público</i>	629

Bibliografía

LIBROS

- ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: *Curso de Derechos reales*. Tomo II, por José Bonet Correa.—ALVAREZ VIGARAY, Rafael: *El Derecho civil en las obras de Cervantes*, por Justo J. Gómez Ysabel, *Annual Survey of Family Law*, 1985. Volumen 9, por Gabriel García Cantero.—*Handbuch der internationalen Rechts- und Verwaltungssprache*, por José Bonet Correa.—IBAN, IVAN, C. (coordinador). DE LA HERA, A. LARICCIA, S. LOMBARDIA, R. LLAMAZARES, D. MIRABELLI, C. MONTERO, J. R. REINA, V. TEDESCHI, M.: *Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos (experiencia española e italiana)*, por Antonio Gordillo.—JIMENES DE CISNEROS CID, F. J.: *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y Régimen Jurídico*, por Angel Menéndez Rexach.—JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*, por Antonio Gordillo.—LUCAS FERNANDEZ, Francisco: *Artículos 1.583 a 1.603 del Código civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, por José Bonet Correa.—*Rapports Polonais présentés au Douzième Congrès International de Droit Comparé*, por Gabriel García Cantero 649

REVISTAS

- A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ 669

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- I. SENTENCIAS COMENTADAS
Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española, por Pedro de Pablo Contreras 701
En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacidad: régimen y consecuencias, por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz 715
La usucapión de la nuda propiedad (comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 1986), por José María de la Cuesta Sáenz 727
La revisión de la Renta por pacto estabilizador y la caducidad de la acción según el artículo 101 de la L.A.U. (Comentario a la Sentencia del T.S. de 27 de octubre de 1986), por José Bonet Correa 747
II. SENTENCIAS 753

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 5.500 ptas. Extranjero, 6.500 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.800 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

Ultimo fascículo aparecido: Octubre-Diciembre 1986.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XL
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXXXVII

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

N.I.P.O.: 051-87-006-8.

I.S.S.N.: 0210-301X.

Depósito Legal: M-125.—1958.

La interpretación integradora del contrato en el Código civil

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor titular de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema: defensa de la interpretación integradora en nuestro Derecho.—2. La distinción entre interpretación, integración e interpretación integradora: génesis en la doctrina alemana y recepción en el Derecho italiano.—3. La obra de Betti y la doctrina española, con referencia especial al concepto de integración.—4. La interpretación integradora: desarrollo de la figura en la doctrina alemana y crisis en la italiana; consecuencias.—5. La interpretación integradora en la literatura española; crítica de su aproximación a la analogía y la integración.—6. Autonomía de la interpretación integradora y coexistencia con la interpretación subjetiva y objetiva en el Código civil español; posición jerárquica y naturaleza de las normas que la rigen.—7. A modo de conclusión. El «test» de la jurisprudencia inglesa, francesa y española.—

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: DEFENSA DE LA INTERPRETACION INTEGRADORA EN NUESTRO DERECHO

Al estudiar el tema de la interpretación del contrato nos hemos encontrado con la idea sorprendente de que la interpretación integrativa o integradora —denominación por la que optamos— es, para algunos, irrelevante en nuestro Derecho, y queremos salir al paso aquí a esta idea que nos parece tan inexacta como incongruente con los datos de nuestro Código civil.

Recordemos que la doctrina moderna ha identificado, al lado de la clásica distinción de la interpretación subjetiva y objetiva, categorías nuevas, y se suele hablar, aparte de la calificación, de interpretación propia, verdadera o estricta, de integración y, en fin, de interpretación integradora. Conforme con la *communis opinio* —ya veremos que hay matices diferentes—, se entiende habitualmente que la interpretación a secas coincide con la interpretación subjetiva dado que las dos están orientadas a la intención común de los contratantes, tanto a base de texto literal de lo que han declarado como al compor-

tamiento anterior, coetáneo y posterior de los mismos. A esto se une la llamada interpretación objetiva, que se suele centrar en la declaración de voluntad oscura, ambigua o dudosa. Por el lado opuesto se considera que la integración consiste en añadir a lo acordado o hecho por las partes los efectos y consecuencias que se derivan de las tres fuentes que contempla el artículo 1.258 de nuestro Código civil, a saber: la ley dispositiva, los usos normativos y la buena fe. Y se suele entender, por último, que la interpretación integradora es el complemento o la corrección de lo acordado o hecho por los contratantes, en sede interpretativa, con arreglo a estas mismas tres fuentes e incluso la equidad (1).

Ahora bien, un sector importante de nuestra doctrina se ha manifestado recientemente en contra de esta última clase de interpretación, pero, influido en exceso, quizá, por la literatura italiana, olvida que la figura halla perfecto acomodo en los artículos 1.286 a 1.289 del Código civil y que los tribunales en la *praxis*, al interpretar el contrato, casi inevitablemente lo integran (2).

(1) *Vid.*, principalmente, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III, 10.^a ed., por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1978, pp. 552 y ss. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, 2.^a ed., Barcelona, 1978, pp. 233 y ss. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, III, 6.^a ed., Madrid, 1983, pp. 441 y ss., y LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil*, I-3, Barcelona, 1984, pp. 260 y ss. De forma algo menos explícita, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, reimpr. 1985, pp. 73 y ss., y Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 2.^a ed., Madrid, 1983, pp. 259 y ss. Es significativo que LÓPEZ Y LÓPEZ: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, 1981, pp. 1 y ss., esp. 4 y ss., acoja la opinión común resumida en el texto.

Las distinciones aludidas, aunque omitidas por CANO MATA: *La interpretación de los contratos civiles*, en «ADC», 1971, pp. 193 y ss., ya las tuvo en cuenta MIGUEL TRAVIESAS: *Los negocios jurídicos y su interpretación*, en «RDP», 1925, pp. 33 y ss.

Ultimamente, se ha ocupado de algunos aspectos de la interpretación integradora CAFFARENA LAPORTA: *El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas*, en «ADC», 1985, pp. 909 y ss., esp. 921 y ss.

Nótese, en fin, que la figura asume una renovada eficacia en el Derecho moderno; por ejemplo, en materia de protección de consumidores y usuarios. A ella parece aludirse, en efecto, para la interpretación tanto de las condiciones generales como de las singulares estipulaciones del respectivo contrato de adhesión en el artículo 10.2-2.º de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, y es claro que la ineficacia total de este último por ser inícuo, conforme al artículo 10.4-2.º de dicha Ley, sólo puede resultar como consecuencia de la interpretación integradora del mismo.

(2) Para comprobarlo, basta recordar el carácter sustantivo de los casos resueltos por la jurisprudencia en materia de interpretación de los contratos, que ha destacado CASELLA: *Il contratto de interpretazione*, Milano, 1961, pp. 59 y ss.

Cfr., entre las sentencias más recientes, por ejemplo, las siguientes: 26 de enero de 1981 («Rep. Ar.», núm. 39), que decide si se ha vendido una o dos plazas de garaje; 24 de octubre de 1983 —*vid.*, CLAVERÍA GOSÁLBIZ: *Comentario*, en «CCJC», 3 (1983), núm. 93, pp. 1021 y ss.—, que califica una permuta de pisos y locales en construcción; 2 de julio de 1985 —*vid.*, nuestro *Comentario*, en «Ibidem»—, que prefiera la partición cumplida por los coherederos antes que la pactada en escritura pública; 30 de diciembre de 1985 («AC», 1986, núm. 291), que considera el permiso oficial para edificar un motivo elevado a causa e incorporado a la intención común de los contratantes; 3 de febrero de 1986 («AC», 1986, núm. 385), que admite el devengo

2. LA DISTINCION ENTRE INTERPRETACION, INTEGRACION E INTERPRETACION INTEGRADORA: GENESIS EN LA DOCTRINA ALEMANA Y RECEPCION EN EL DERECHO ITALIANO

El origen de la distinción se remonta, en realidad, a los trabajos preparatorios del Código civil alemán y enlaza con el debatido problema de la naturaleza de las normas que rigen la interpretación en general, y del contrato en particular (3). Es sabido que se impuso en tales momentos el criterio según el cual la interpretación no debía ser objeto de regulación legal por dos razones fundamentales. De una parte, la idea transmitida por Savigny (4), de que las reglas del Derecho común, procedentes de las fuentes romanas (5), «son en esencia —según se lee en los *Motiven*— reglas del pensar sin contenido jurídico:

de los honorarios de un arquitecto, aunque los nueve bloques proyectados no se construyeron; 12 de febrero de 1986 («AC», 1986, núm. 427), que incluye en la cláusula según la cual los gastos son de cargo del comprador el impuesto de sucesiones adeudado por los vendedores.

Dada esta realidad, no llama la atención que un sector importante de la doctrina italiana dude de la distinción entre interpretación e integración; así, en este sentido, VARRONE: *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, pp. 205 y ss., esp. 275. SACCO: *Il contratto*, en «Trattato di diritto civile italiano», VI-2, dirigido por Vassalli, Torino, 1975, p. 789, y en «Trattato di diritto privato», X-2, dirigido por Rescigno, Torino, 1982, p. 460. ALPA: *Unità del negozio e principi di ermeneutica negoziale*, y BESSONE: *Dogma della volontà, principio di buon fede e integrazione del contratto*, ambos ahora en ALPA, BESSONE y ROPPO: *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, pp. 315 y ss. y 351 y ss. RIZZO: *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino-Napoli, 1985, pp. 532 y ss., e IZETTA: *L'equità nella giurisprudenza*, en «GCC», 1986, II, pp. 1 y ss., esp. 26.

Entre nosotros se hace eco de esta orientación CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, p. 934, nota 70, si bien se refiere a autores italianos que admiten la separación de interpretación e integración.

(3) Para esto, ampliamente, DE CASTRO: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código civil)*, en «ADC», 1977, pp. 809 y ss. LÓPEZ Y LÓPEZ: *op. cit.*, pp. 15 y ss., ofrece una buena síntesis.

El tema se relaciona con la teoría general de la interpretación; *vid.*, aparte de las obras de Betti citadas *infra*, sub núm. 3, ZICCARDI: *Sulla nozione unitaria dell'interpretazione*, en «RDC», 1973, II, pp. 81 y ss., que la admite desde una perspectiva finalista. Contrario a la teoría general es, en cambio, TARELLO: *L'interpretazione della legge*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», I-2, dirigido por Cicu, Messineo y Mengoni, Milano, 1980, pp. 5 y ss.

(4) *Vid.* SAVIGNY: *Le droit des obligations*, II, trad. fr. por Gerardin y Jozon, París, 1873, p. 348, donde considera que casi todas las explicaciones de los juristas romanos sobre la interpretación de los contratos pecan de generalidad y superficialidad.

(5) Para la prehistoria de nuestras reglas de hermenéutica contractual, *vid.* DE CASTRO, *op. ult. cit.*, pp. 852 y ss., por todos; un resumen, en nuestro *Comentario de la sentencia de 12 de noviembre de 1984*, en «CCJC», 7 (1985), núm. 173, pp. 2150-2151. De interés sobre el tema, MESSINA: *Interpretazione dei contratti*, ahora en «Scritti giuridici», V, Milano, 1948, pp. 153 y ss. ZICCARDI: *L'integrazione del contratto*, en «RTDPC», 1969, pp. 108 y ss. ALPA: *L'interpretazione del contratto*, I, Milano, 1983, pp. 5 y ss. y 16 y ss., y con alguna variación, *Alle origine della teoria moderna dell'interpretazione del contratto*, en «RCD», 1983, pp. 323 y ss. Para el estado actual de la romanística, *vid.* VOCI: *Interpretazione del negozio giuridico*, en «ED», XII, Milano, 1972, pp. 252 y ss., que examina las fuentes teniendo en cuenta el importante estudio crítico de GANDOLFI: *Studi sull'interpretazione degli atti giuridici in diritto romano*, Milano, 1969.

el juez con ellas recibe enseñanzas de lógica práctica» (6), y por eso no pueden vincular al intérprete en la compleja tarea de determinar el sentido y alcance del contrato. De otra parte, la convicción de que la interpretación es una cuestión de hecho, variable en cada caso e inaprehensible por el Derecho, ya que, como se dice en los Propósitos del Primer Anteproyecto, «la lógica práctica por ser inagotable no debe ser codificada» (7). Sin embargo, se impuso finalmente el criterio de establecer unas normas mínimas y desdoblar el párrafo 359 del citado Anteproyecto, con el resultado siguiente (8): párrafo 133, a cuyo tenor «en la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión»; párrafo 157: «los contratos han de interpretarse como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico», y párrafo 242, colocado entre las normas que determinan el contenido de las relaciones obligatorias, según el cual «el deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico». Y con esta consecuencia: los problemas hermenéuticos que no pudieran superarse con tan escasas indicaciones, deben resolverse por aplicación de las normas dispositivas de obligaciones y contratos por estar destinadas a suplir en todo o en parte la falta de voluntad explícita de las contratantes.

A la vista de estos datos normativos se comprende bien el «tríptico germánico», según la gráfica expresión de Lasarte Álvarez (9), de interpretación, interpretación integradora e integración, concebidas como tres nociones diferentes. Un buen exponente de esta concepción es seguramente F. Leonhard (10). Según este autor, por la interpretación se reconstruye la declaración de voluntad únicamente-

(6) *Cit.*, por DE CASTRO: *op. cit.*, p. 853.

(7) *Cit.*, por DE CASTRO: *loc. ult. cit.*

(8) Cfr. DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. y conc. por Rocés, Madrid, 1926, pp. 14 y 137 y ss., donde el autor defiende el carácter preceptivo de las normas legales sobre la interpretación. Con todo, a la vista de los antecedentes que acabamos de recordar, ha resurgido la idea de la eficacia atenuada de tales normas; así, MAYER-MALY, en el *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, a cargo de Sächer, München, 1978, p. 773; FLUME: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Berlín-Heildeberg-New York, 1979, pp. 307 y ss., y DILCHER, en STAUDINGER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1980, p. 392. Entre nosotros, postura parecida ha mantenido recientemente DE CASTRO: *op. ult. cit.*, p. 854 y ss., según veremos *infra*, sub núm. 6.

Coincide con esta orientación la llamada *Reale Rechtslehre*; vid. BICKEL: *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*, Marburg, 1976, pp. 161 y ss., y WOLF, E.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, pp. 430 y ss., para los que la interpretación del contrato es una cuestión de hecho que debe resolverse exclusivamente por las normas reguladoras de la prueba.

Nótese que el par. 359 del Primer anteproyecto citado en el texto se corresponde con el art. 1.258 de nuestro Código civil; así lo advierte ROCÉS, *Nota*, en DANZ, *op. cit.*, p. 14.

(9) Vid. LASARTE ALVAREZ: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)*, en «RDP», 1980, pp. 50 y ss., esp. 69.

(10) Vid. LEONHARD, F.: *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, en «ACP», 120 (1922), pp. 14 y ss., esp. 34 y ss.; un esquema claro y actualizado ofrece LASARTE ALVAREZ: *op. cit.*, p. 69, con referencias.

te, es una cuestión de hecho situada entre la prueba y la subsunción y se contrapone tanto a esta última como a toda otra modificación de lo acordado por los contratantes por aplicación de las normas dispositivas, incluso a la interpretación integradora. Su objeto es, pues, la reconstrucción de la voluntad exenta de claridad por el exclusivo juego de las escasas normas específicas que la rigen. Por el contrario, la declaración clara, pero con lagunas, lo mismo propias que impropias, es materia de la interpretación integradora, la cual, mediante la reconstrucción conjetural de la declaración a base de la que habría sido la presunta voluntad hipotética de un hombre razonable y prudente, permite llenar el vacío existente en la regulación contractual. Esta operación, por encaminarse al desenvolvimiento de lo pactado, cae fuera de la interpretación en sentido estricto y consiste, en rigor, en el desarrollo del contrato incompleto en atención a su fin a través de una labor hermenéutica netamente objetiva. Por último, la integración consiste pura y simplemente en la aplicación al contrato de las normas supletorias del Derecho dispositivo correspondientes a su tipo. Según esto, los dos extremos del proceso están constituidos por la interpretación ceñida a la declaración de voluntad oscura o ambigua y por la subsunción del contrato mediante su integración en el cuadro de las distintas fuentes del Derecho supletorio; y entre ambos extremos —entre la interpretación y la integración— está, pues, la posición intermedia de la interpretación integradora.

Este esquema llegó a ser dominante, no sin voces disonantes y variaciones sutiles (11), en la doctrina alemana de los años treinta; hasta Larenz (12) lo hizo suyo, a pesar de su original teoría hermenéutica orientada a los valores, en el conocido trabajo que publicó, precisamente, en 1930. Como veremos, es sólo en los últimos tiempos que se ha criticado la distinción, se ha discutido la índole de la interpretación integradora y se ha aproximado la interpretación a la determinación de los efectos y consecuencias que, según el ordenamiento, se derivan del contrato válido y eficaz.

Por esos mismos años, la distinción se recibió en la doctrina italiana y la integración comenzó a asumir relevancia e independencia frente a la interpretación. Explica Ziccardi (13), en efecto, que fue

(11) Reveladoras al respecto son las clásicas obras de MANIGK: *Irrtum und Auslegung*, Berlín, 1918, pp. 189 y ss., *Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung*, en «IJ», 75 (1925), pp. 211 y ss., y *Das Rechtswirksame Verhalten*, Berlín, 1939, pp. 185 y ss.; también, *vid.* TUHR: *Derecho civil*, II-2, vol. IV, trad. por Ravà, Buenos Aires, 1947, pp. 217 y ss. y *Partie générale du Code fédéral des obligations*, I, Lausanne, 1929, pp. 249 y ss.

(12) *Vid.* LARENZ: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt-Berlín, 1930, reimpr. 1966, pp. 53 y ss.; coincide WIEACKER, *recensión de la reimpresión citada*, en «Juristenzeitung», 1967, pp. 387 y ss.

(13) *Vid.* ZICCARDI: *L'integrazione del contratto*, *cit.*, p. 109; no le falta razón a LASARTE ALVAREZ, *op. cit.*, p. 69, nota 21, cuando llama «precursores» a los dos autores italianos aludidos en el texto en cuanto se anticipan a la renovación del concepto de integración llevada a cabo, tras el Código de 1942, por la doctrina ulterior. Sin embargo, es dudoso que se pueda contraponer un esquema latino expuesto por Messineo frente a una línea de corte germanizante representada por Betti, como el

Redenti (14), en 1933, el primero en advertir que el artículo 1.124 del Código italiano de 1865 —equivalente a nuestro artículo 1.258— tenía por función principal la de integrar las lagunas de la regla contractual incompleta y que esta función trasciende de la interpretación para situarse en el campo de la integración de su contenido por la ley, los usos, la buena fe y la equidad. Asimismo, Grassetti (15), cinco años después, observó que la interpretación, si bien no consiste en la búsqueda de la voluntad real de los contratantes porque ésta sería, en relación con la interpretación de la ley, tanto como investigar la *mens legislatoris*, se agota en la fijación del significado jurídicamente relevante del contrato, de forma que todo lo que excede de la indagación de su contenido, no es ya interpretación propiamente dicha; por eso, pensó este autor que la interpretación integradora no es auténtica interpretación sino integración, puesto que presupone, no una manifestación de voluntad objetivamente ambigua, sino una falta de determinación efectiva de la voluntad de las partes, y consiste, por ello, en la adición al contrato de los efectos predispuestos por las normas supletorias. Por el contrario, la interpretación integradora, para Grassetti, equivale a la interpretación objetiva y se rige por las reglas hermenéuticas que completan la investigación de la intención común de los contratantes, esto es, las correspondientes a nuestros artículos 1.283 a 1.289, además del 1.258.

Esta construcción del autor italiano es muy importante porque, como ha señalado Alpa (16), influyó de forma decisiva en la redacción del vigente Código italiano de 1942. Buena prueba de ello son las rúbricas de las normas de interpretación de dicho Código, las cuales van desde el artículo 1.362, relativo a la «intención de los contratantes», pasan por el artículo 1.366, sobre la «interpretación de buena fe» y acaban en las «reglas finales» del artículo 1.371. En el capítulo siguiente, dedicado a los «efectos del contrato», se encuentra el artículo 1.374, a cuyo tenor éste obliga «no sólo a cuanto expresa, sino a todas las consecuencias que se derivan de la ley o, en su defecto, de los usos y la equidad», y a continuación el artículo 1.375, paralelo a nuestro 1.258 e inspirado en el párrafo 242 del Código alemán, determina que «el contrato debe ejecutarse según la buena fe».

Es claro, pues, que se ha consagrado aquí, en el plano legislativo, la separación radical de la interpretación y la integración; la primera se regula con cierta afinidad a las reglas que imperan en los Códigos latinos, mientras la segunda, de contenido preceptivo también semejante, se halla situada aparte, fuera del campo de la interpretación

mismo autor sugiere, *op. cit.*, p. 70, nota 21, al menos, en lo que respecta a la interpretación integradora.

(14) Cfr. REDENTI: *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1933, pp. 220 y 232, cit. por ZICCARDI, *loc. ult. cit.*

(15) Vid. GRASSETTI: *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, reimpr. 1983, pp. XII, 13 y 18-20, texto y nota 31.

(16) Vid. ALPA: *Alle origine della teoria moderna dell'interpretazione del contratto*, *cit.*, pp. 331-333; también, RIZZO, *op. cit.*, pp. 64, nota 60, y 261, nota 456, recuerda el influjo de nuestro autor en los trabajos preparatorios del *Codice* en vigor.

e inserta en el cuadro de los efectos típicos del contrato. La distinción teórica entre interpretación e integración, elaborada conceptualmente por la doctrina alemana, adquiere en Italia, consiguientemente, eficacia normativa plena y coexiste con las reglas tradicionales de la hermenéutica contractual. Consecuencia directa de esta realidad normativa, y de esta distribución de la materia en concreto, es que la doctrina reciente se ha cuestionado, según veremos, la existencia autónoma de la interpretación integradora.

3. LA OBRA DE BETTI Y LA DOCTRINA ESPAÑOLA, CON REFERENCIA ESPECIAL AL CONCEPTO DE INTEGRACION

Con todo, es probable que se deba a Betti la más autorizada y completa reconstrucción dogmática del Derecho italiano, pues no en vano el autor no sólo intervino críticamente en los textos preliminares del *Codice* (17), sino que dedicó al tema extensos trabajos de teoría general.

Es bien sabido que, en sede de teoría general de la interpretación, Betti caracteriza la interpretación jurídica por desempeñar una función normativa por virtud de la cual, a la vez que se contrapone a la interpretación histórica, reconocitiva o contemplativa, dicha interpretación desarrolla y actualiza incesantemente la materia objeto de la misma. El «entender» en qué consiste toda interpretación es aquí para la acción, esto es, para la decisión del caso concreto, y por eso la interpretación jurídica es siempre creadora, dado que fija la norma que permite resolver determinados conflictos de intereses. «En el campo de un Derecho vigente —escribe Betti (18), con suma generalidad—, el oficio de interpretar que afecta al jurista no se agota en volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino que va más allá de la mera reproducción del mismo, para integrarle y realizarle en la vida de relación en orden a la composición preventiva de los conflictos de intereses en ésta previsible».

Sin embargo, a la hora de examinar la interpretación del negocio jurídico, la opinión del autor es sumamente matizada y distingue con nitidez los conceptos que estudiamos. En efecto, concibe Betti la interpretación, en los textos casi idénticos de la *Teoría general del negocio jurídico* y *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (19), como una actividad reconocitiva tendente a declarar o explicitar la idea o precepto negocial, según se pueda deducir de la declaración

(17) Vid. BETTI: *Per la riforma del Codice civile*, en *Rendiconti Ist. Lombardo*, 1940-1941, pp. 339 y ss., según refiere el mismo en *Teoría general del negocio jurídico*, trad. y conc. por Martín Pérez, Madrid, s.d., p. 252, nota 8.

(18) Vid. BETTI: *Las categorías civilísticas de la interpretación*, ahora en *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. y prol. por De los Mozos, Madrid, 1975, pp. 23 y ss., esp. 49; además, *Teoría Generale de lla interpretazione*, II, Milano, 1955, pp. 789 y ss.

(19) Vid. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 237 y ss., esp. 243-245, e *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 361 y ss., esp. 367-369.

o del comportamiento de los contratantes, encuadrados una u otro en el marco de las circunstancias objetivas que les confiere significado y valor. Concebida así, la interpretación precede lógicamente al tratamiento jurídico del acto o calificación y, asimismo, a la integración. En lo que aquí nos interesa, se distingue netamente de esta última porque se encamina, no sólo a descubrir la voluntad real de las partes en el caso concreto, sino a la reconstrucción del significado objetivo del acto o contrato y se extiende hasta puntos que no fueron objeto de reflexión consciente por los contratantes, mientras que la integración opera, en cambio, exclusivamente sobre los efectos del negocio y por aplicación de las normas supletorias. La diferencia entre una y otra categoría radica, pues, en el objeto, ya que si la interpretación atañe al supuesto mismo del negocio o, en concreto, del contrato, la integración se refiere solamente a sus efectos. De aquí que la interpretación integradora, que está llamada al desarrollo lógico de la fórmula de la declaración o estructura del acto e ilumina su contenido implícito o marginal con independencia de la inexistente voluntad presunta de los contratantes, pertenezca, en rigor, a la interpretación propiamente dicha, permita llenar las lagunas dejadas por las partes en la expresada fórmula y se distinga y preceda necesariamente a la integración.

En suma, puede decirse que, para Betti, la interpretación intenta reconstruir el significado objetivo que ha de atribuirse al contenido de lo declarado o actuado por los contratantes. La interpretación integradora, por su parte, expande o completa dicho contenido apreciándolo conforme a los cánones objetivos de la buena fe y los usos sociales hasta imponer a las partes el alcance lógico, jurídico y sociológico que se desprende de lo que han dicho o hecho. Y la integración, en fin, presupone una laguna, no en la fórmula como la figura anterior, sino en la idea, precepto o regla negocial, concierne a los efectos de la misma y se traduce en la aplicación del Derecho dispositivo. Consecuencia de todo esto, dice el mismo Betti (20), es que no cabe, tras las interpretaciones integradoras, la impugnación del contrato por error y que las normas sobre interpretación, incluyendo los artículos 1.374 y 1.375 —cuyo contenido preceptivo está refundido por nuestro artículo 1.258— gozan de precedencia lógica frente a las normas supletorias.

Ahora bien, no es necesario insistir aquí sobre la influencia de la obra de Betti entre nosotros, tanto en esta como en otras materias (21). En nuestro tema, tal influencia se aprecia tanto en la distin-

(20) *Vid.* BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 245, e *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 369. Se trata de dos aspectos debatidos, sobre todo, por la doctrina alemana; para el estado actual, RIZZO, *op. cit.*, pp. 538-540, nota 908, y 541-542, nota 912.

(21) *Vid.*, por ejemplo, DE LOS MOZOS: *La renovación dogmática del concepto de «causa» del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, en «Quad. fiorentini», 7 (1978), pp. 421 y ss. Por lo que se refiere a la interpretación integradora concretamente, el influjo aludido en el texto puede apreciarse en materias muy diversas entre sí; *vid.*, entre otros, GORDILLO CAÑAS: *La nulidad parcial del con-*

ción de interpretación e integración como en la independencia que ha asumido esta última.

En cuanto a la aludida distinción hay que reconocer que el camino estaba ya iniciado a propósito de la buena fe. Como es sabido, ésta no aparece en las reglas de la hermenéutica contractual de los artículos 1.281 a 1.289, sino que figura, igual que en el Código francés e italiano antiguo, en el artículo 1.258, del que ha desaparecido la mención de la equidad, que sí hacen estos Códigos, lo mismo que el italiano en vigor (22), y hacía el artículo 961 de nuestro Proyecto de 1836 (23). Es sabido también que la omisión de la buena fe, en cuando criterio de interpretación del contrato, se ha pretendido superar por vías diversas. Así, para Pérez González y Alguer (24), está

trato con precio ilegal, en «ADC», 1975, pp. 101 y ss., esp. 192, nota 214, y CAFFARENA LAPORTA: *op. cit.*, pp. 922-923.

(22) Cfr. los arts. 1.135 del Código francés: «Las convenciones obligan no sólo a lo que expresan, sino, además, a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley den a la obligación según su naturaleza», y 1.124 del italiano de 1865: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan, no sólo a cuanto se expresa en los mismos, sino, también, a todas las consecuencias que según la equidad, el uso o la ley se derivan»; en el mismo sentido, los arts. 1.371 y 1.374 del Código italiano de 1942 —transcritos en parte en el texto— aluden a la equidad de forma expresa en tema tanto de interpretación como de integración del contrato.

En cuanto a nuestro art. 1.258, reproduce literalmente el art. 1.271 del Anteproyecto de 1882-1888 —*vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, IV-1, Madrid, 1965, p. 396—, el cual nos remite al art. 978 del Proyecto de 1851, que no menciona la equidad entre las fuentes de integración del contrato, a pesar de que para GARCÍA GOYENA —*vid. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr. en un vol., Zaragoza, 1974, p. 519— «la equidad y la buena fe son el alma de los contratos», omisión que puede explicarse por lo que el propio autor añade a continuación: «La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita» (cfr. *loc. cit.*). Esto es, se identifica, a su juicio, con la ley positiva, porque la considera sólo como *aequitas constituta*. Para esto, *vid.* nuestro trabajo *Reapertura del debate en torno a la equidad*, en «DJ», 1975, pp. 587 y ss., y allí referencias.

Con todo, la omisión de la buena fe en las reglas sobre la hermenéutica contractual no supone una innovación significativa, puesto que los precedentes del Código civil la omiten también. Cfr. los arts. 987 a 992 del Proyecto de 1836, 1.019 a 1.024 del Proyecto de 1851, y 1.294 a 1.302 del Anteproyecto de 1882-1888, respectivamente, en LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española*, IV-2, Madrid, 1970, p. 209; GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, pp. 545-548, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 405-407. En el citado Anteproyecto, cuyo texto coincide prácticamente con los preceptos en vigor, se menciona como antecedente, aparte del Proyecto de 1851, el Anteproyecto belga de Laurent; pero los textos correspondientes a los actuales arts. 1.282, 1.284, 1.285, 1.286 y 1.289-1.º figuran con el calificativo de «nuevo». Para esto, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ: *op. cit.*, pp. 24 y ss.

(23) La desaparición de la equidad, en efecto, reviste singular relieve si recordamos que el art. 961 del Proyecto de 1836 la menciona expresamente; cfr. su texto: «Los contratos obligan a cumplir no sólo lo que se expresa en ellos, sino también todo lo que exige la naturaleza misma del convenio. Igualmente quedan los contratantes sujetos a todas las consecuencias que por la equidad, las leyes o el uso se derivan de la obligación contraída», en LASSO GAITE: *op. cit.*, pp. 207-208.

(24) *Vid.* PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Nota*, en ENNECERUS Y NIPPERDEY: *Derecho civil. Parte general*, II, 3.ª ed. cuidada por Hernández Moreno y Gete-Alonso, Barcelona, 1981, p. 822; también, MIGUEL TRAVIESAS: *op. cit.*, p. 48. Es de notar que al comentar el art. 978 del Proyecto de 1851, precedente del actual 1.258, GARCÍA

implícita en los usos a que se refiere el artículo 1.287; De Castro (25) opina que es inherente a la responsabilidad objetiva que se deriva de la actuación negocial, y López y López (26) sostiene que se trata de un principio general que rige aun sin estar plasmado en norma alguna, al margen de hallarse hoy recogido en el artículo 7.º-1 del nuevo título preliminar de nuestro Código civil. Como ha explicado el profesor De los Mozos (27), hay que distinguir dos funciones diferentes de la buena fe objetiva: una función integradora, cuya sede normativa se encuentra en el artículo 1.258, y una función interpretativa, que se expresa a través de la interpretación integradora en aplicación de los artículos 1.286, 1.287 y 1.289. Entre una y otra función de la buena fe existe la misma diferencia que media entre los usos normativos del citado artículo 1.258 y los usos meramente interpretativos del artículo 1.287, y esto es así porque, en línea con el maestro italiano, a juicio del profesor De los Mozos (28), «en la integración, la buena fe viene a contemplar el cuadro de los efectos del negocio jurídico; en cambio, en la interpretación, aun en la llamada interpretación integradora, únicamente se refiere al contenido de la declaración de voluntad».

Por lo que se refiere al concepto de integración, no es abundante la doctrina que se ha ocupado explícitamente del mismo. Sólo en los últimos años, el profesor Lacruz Berdejo (29) ha puesto de relieve que la regulación contractual es producto de la interacción tanto de autodeterminaciones de la voluntad privada como de heterodeterminaciones impuestas por el Derecho objetivo, sobre todo en lo que concierne al cumplimiento de las obligaciones emanadas del pacto. Y entiende este autor que sólo las primeras son materia de la interpretación en tanto las últimas constituyen la integración, que se desdobra, a su vez, en la autointegración de las lagunas o vacíos dejados por las partes mediante la refacción del contrato por el juez o mediante la analogía y en la heterointegración de la regla contractual,

GOYENA, *op. cit.*, p. 518, observa: «No hay especie alguna de obligación, sea de dar, sea de hacer o de no hacer, que no descansa en las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos». Es decir, las fuentes de integración del contrato desempeñan además, a su entender, una función interpretativa, y entre tales fuentes figura la buena fe.

(25) *Vid.* DE CASTRO: *El negocio jurídico*, *cit.*, pp. 89-90.

(26) *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 21.

(27) *Vid.* DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho español*, Barcelona, 1965, pp. 124 y ss., esp. 180, donde precisa, además, que la función interpretativa de la buena fe objetiva es impropia «porque el papel de la buena fe, en este campo, es anómalo».

Para la distinción entre los usos normativos y los meramente interpretativos o complementarios, *vid.* DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, pp. 394-395, y LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 44 y ss. Niega la distinción, en cambio, CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, p. 932-935, al entender que el uso entra en juego antes que la disposición legal dispositiva.

(28) *Vid.* DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 180.

(29) *Vid.* LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, II-2, con la colaboración de Luna Serrano y Delgado Echeverría, Barcelona, 1977, pp. 228-229, 231-232 y 233.

cuyas fuentes, a la vista de los artículos 1.258 y 1.289 son la ley, el uso, la buena fe y, tras los criterios que marca el último precepto citado, la nulidad del contrato.

Postura semejante mantiene López y López (30), para el que «la integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra, bien porque aparece lagunosa en un punto o puntos concretos, bien porque el ordenamiento ha predispuesto la entera reglamentación contractual, sin conceder la exclusiva de la regulación a la autonomía de los particulares». A su juicio «en la reglamentación contractual hay autodeterminaciones y heterodeterminaciones, y la técnica y el tratamiento interpretativo de unas y otras son absolutamente distintas, porque en el primero de los supuestos el material a interpretar pertenece a la categoría de los actos jurídicos, y en el segundo a las normas del Derecho objetivo». Diferencia radical por la que, aun cuando admite la función interpretativa de la buena fe, prescinde de la figura que examinamos.

En un sentido similar, García Amigo (31), aunque parte de una concepción rigurosamente normativista del negocio jurídico, se ha preocupado de precisar las diferencias entre interpretación e integración en reciente conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en 1979. «Frente a la interpretación —escribe literalmente—, la integración se diferencia porque aquélla se dirige a esclarecer la voluntad normativa de las partes, mientras que la integración tiene por finalidad determinar, una vez patentizada la *lex negotii*, el cuadro de las fuerzas normativas que forman la suma integrada por la *lex privata* junto a las demás que componen la total norma reguladora de la relación negocial; en tanto la interpretación se mueve en el ámbito de las fuerzas normativas subjetivas, la integración, en cambio, designa el complejo de fuerzas subjetivas —*lex privata*— y objetivas —*lex publica*— que regulan totalmente la relación negocial; en fin, si la interpretación pretende fijar el contenido del negocio —y, por tanto, un sector de sus efectos—, la integración, en cambio, busca determinar los efectos totales del mismo».

Por otra parte, Lasarte Alvarez (32) sostiene, ante todo, que la integración del contrato no precisa lagunas por cuanto se desprende del artículo 1.258 que «el contenido del contrato se compone necesariamente tanto de lo expresamente pactado, cuanto de las consecuencias derivadas de las fuentes heterónomas de integración», puesto que entre la regla autónoma y el ordenamiento hay un *continuum*, lo mismo cuando dicha regla sea incompleta o insuficiente que cuando contradiga una norma imperativa

(30) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 5.

(31) Vid. GARCÍA AMIGO: *Integración del negocio jurídico*, en «AAMN», 23, 1983, pp. 76 y ss., esp. 82.

(32) Vid. LASARTE ALVAREZ, *op. cit.*, p. 73. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 63 y ss., esp. 83-84, implícitamente; en cambio, sostiene que la integración ex art. 1.258 requiere la preexistencia de lagunas GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 195. También, GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pp. 85 y 99 y ss.

o la buena fe. Y ello porque la integración consiste, para Lasarte Álvarez (33), en la incardinación del contrato en un ambiente normativo que excede de la disponibilidad de las partes, el cual, «una vez concordada la regla autónoma, sin haber sido excluido, hay que considerar aceptado por las partes. Pero no tanto —explica el autor— porque la voluntad de los contratantes haya de ser conjeturalmente interpretada, sino como derivación de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico».

Sin entrar aquí en consideraciones críticas; cabe concluir con Doral y Del Arco (34) que en nuestro Derecho «la integración, por tanto, es algo que, añadido a la interpretación, permite recomponer el conjunto». Pero no se debe olvidar que una y otra convergen en la determinación de la total regulación jurídica del contrato; por eso Clavería Gosálbez (35) nos dice que hay que realizar al respecto, y por el siguiente orden, estas cuatro operaciones: interpretación subjetiva o propiamente dicha, conforme a los artículos 1.281 a 1.283 y 1.285; calificación o conceptualización del contrato que han querido establecer los contratantes; interpretación objetiva basada en los artículos 1.286 a 1.289 y, por último, integración con arreglo a las fuentes del artículo 1.258. Lo que es cierto, pero, a nuestro modo de ver, inexacto, tanto porque la interpretación objetiva concebida así y la integración coinciden y dan lugar, en realidad, a la interpretación integradora, como porque la jerarquía rígida que se propone no se compagina con el sistema de nuestro Código civil. Con todo, antes de ocuparnos de los datos de nuestro Derecho positivo, conviene que estudiemos el desarrollo y la pretendida crisis de la interpretación integradora en la doctrina.

4. LA INTERPRETACION INTEGRADORA: DESARROLLO DE LA FIGURA EN LA DOCTRINA ALEMANA Y CRISIS EN LA ITALIANA; CONSECUENCIAS.

Recordemos que se trata de una figura elaborada por la doctrina alemana para resolver el problema de las lagunas que subsisten, tras la interpretación subjetiva conforme a la voluntad real de los contratantes, en la regla contractual, que, por hipótesis, es incompleta. En cuanto a las lagunas, vimos que Leonhard (36) distingue las propias y las impropias, según se trate de vacíos reales o verdaderos o de

(33) *Vid.* LASARTE ALVAREZ, *op. cit.*, p. 71.

(34) *Vid.* DORAL y DEL ARCO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, p. 130.

(35) *Vid.* CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *Comentario de la sentencia de 24 de octubre de 1983, cit.*, pp. 1027-1028.

(36) *Vid.* F. LEONHARD, *op. cit.*, p. 41, distinción que no sólo es acertada, sino congruente con nuestro Código civil; como veremos, mientras los arts. 1.286 y 1.287 contemplan un contrato incompleto en el que hay vacíos o lagunas propias, queridas o no por los contratantes, en los arts. 1.288 y 1.289 se atiende, en cambio, al contrato injusto que, por adolecer de lagunas impropias —en el sentido que hemos expuesto en el texto—, merece ser rectificado o, en su caso, anulado.

puntos cuya corrección sería deseable por razones de justicia o de equidad. Asimismo, la doctrina ulterior ha distinguido las lagunas conscientes o queridas por los contratantes y las inconscientes (37) y las lagunas primarias y secundarias o sobrevenidas con posterioridad al perfeccionamiento del contrato (38). Para llenar estas lagunas, antes que acudir a una ficticia voluntad hipotética, la doctrina casi unánime es partidaria de un criterio objetivo o normativo según el cual hay que atender a las exigencias que la buena fe impone a un contratante razonable y honesto (39), a los usos del tráfico (40) o al Derecho dispositivo (41). Pero Sandrock (42) sostiene que en los contratos atípicos se debe atender, para suplir tanto las oscuridades como las insuficiencias, a la voluntad hipotética de los contratantes. Con todo, dado el predominio del aludido criterio objetivo o normativo, se ha discutido si la interpretación integradora forma parte de la interpretación o de la integración y si actúa antes o después de la subsunción del contrato en el Derecho dispositivo. En cuanto a la primera de estas cuestiones, para la *communis opinio*, que expresa Larenz (43), se trata de una fase complementaria de la interpretación, a lo que Henckel (44) se opone decididamente, pues estima que se identifica con la integración, y Lüderitz (45) le atribuye una posición intermedia entre la valoración autónoma y la valoración heterónoma, y, por tanto, entre la interpretación y la integración. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, se inclinan por la prioridad de la inter-

(37) Vid. MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 983. También, PILZ: *Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung*, Freiburg, 1963, p. 31.

(38) Vid. FLUME, *op. cit.*, pp. 326-327, con la consecuencia de que, en el último caso, la interpretación integradora es de eficacia *ex nunc*. En el mismo sentido, MAYER-MALY, *loc. ult. cit.*, y DILCHER: *op. cit.*, p. 403.

(39) Vid. LARENZ, *op. cit.*, p. 103, y además, *Derecho de obligaciones*, I, trad. y anot. por Santos Briz, Madrid, 1958, pp. 117 y ss., y *Derecho civil. Parte general*, trad. y anot. por Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, 1978, pp. 741 y ss. En el mismo sentido, WIEACKER, *op. cit.*, p. 390, y FLUME, *op. cit.*, p. 322.

(40) Vid. MAYER-MALY, *op. cit.*, pp. 982 y ss.

(41) Vid. HENCKEL: *Die ergänzende Vertragsauslegung*, en «ACP», 159, 1960-1961, pp. 106 y ss., esp. 116 y ss., y MANGOLD: *Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung*, en «NJW», 1961, pp. 2284 y ss.

(42) Vid. SANDROCK: *Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materialen und internationalen Schuldvertragsrecht*, Köln-Opladen, 1966, pp. 93 y ss.; también, FLUME, *op. cit.*, p. 324. Entre nosotros, alude todavía a la «presumible voluntad de las partes» como meta de la interpretación integradora, CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, p. 923 razón por la cual subraya sus límites (p. 927, texto y nota 53) y la define como el «tipo de interpretación (por el que) se trata de completar la regulación contractual a partir de las declaraciones de voluntad llevadas a cabo» (p. 924, nota 39). Este aspecto, desde nuestro punto de vista objetivo, es irrelevante y contradictorio con la naturaleza «normativa» y extraña a la voluntad —real o presunta— de los contratantes que es propia de las fuentes de heterodeterminación del contrato tanto en sede de integración cuanto de interpretación del mismo.

(43) Vid. LARENZ: *Derecho civil. Parte general, cit.*, pp. 744-745. En el mismo sentido, con énfasis, CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, pp. 924, nota 39, y 927.

(44) Vid. HENCKEL, *op. cit.*, pp. 121 y ss., esp. 125; también, MANGOLD, *op. cit.*, p. 2285.

(45) Vid. LÜDERITZ: *Auslegung von Rechtsgeschäften. Verleichende Untersuchung angloamerikanischen und deutschen Rechts*, Karlsruhe, 1966, pp. 392 y ss., esp. 401.

pretación integradora quienes opinan que forma parte de la interpretación, en tanto Henckel (46) mantiene la tesis opuesta y la mayoría de los autores distingue según se trate de un contrato típico o atípico; en el primer caso se suele entender que se aplica antes el Derecho dispositivo y juega después la interpretación integradora, mientras que en el segundo, exactamente lo contrario (47).

Es de notar, pues, que se trata de una categoría híbrida que participa a un tiempo de la interpretación en cuanto aclara el sentido y alcance de la declaración negocial y de la integración en cuanto completa, modifica o corrige lo acordado por los contratantes. Salvo la opinión aislada de Henckel (48), que la reconduce a la integración, estamos ante la última fase de la interpretación del contrato, la cual habilita al juez para remodelar su contenido y efectos, antes o después de aplicar el Derecho dispositivo, según se trate de un contrato atípico o típico, a fin de adaptarlo a las exigencias objetivas de la buena fe, los usos o la equidad. Precisamente por esto, Wolf (49) ha criticado severamente nuestra figura, pues estima que, por consentir al juez hacer «añadidos» u «omisiones» en la declaración negocial, es contradictoria, ilegítima y contraria a la Ley fundamental.

La interpretación integradora se ha pretendido aclimatar al Derecho italiano, pero, con la excepción de Cian (50), la doctrina reciente prácticamente la ha abandonado. Hemos visto que la introdujo Grasseti (51), quien la aproxima a la integración y la asimila a la interpretación objetiva, esto es, a aquella operación hermenéutica que tiende a la reconstrucción *in abstracto* de la manifestación de voluntad. Di-

(46) *Vid.*, en general, HENCKEL, *op. cit.*, pp. 115 y ss. Para una crítica de esta orientación, en cambio, la prioridad con restricciones, de la interpretación integradora sobre el Derecho dispositivo (p. 929, nota 54).

Con todo, el problema que preocupa a este último autor carece de relieve en nuestra opinión, pues, en principio, en nuestro Derecho sólo puede surgir un conflicto entre la interpretación integradora, tal como la concebimos, y el Derecho dispositivo en el caso del art. 1.286, conflicto que el mismo precepto resuelve marcando una prioridad indudable a favor del último, e incluso a favor de la tipicidad. No en vano, DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 268, ve en el precepto citado una alusión al «tipo genérico a que pertenece (tipo contractual)» el contrato discutido y a su finalidad, y LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 43, habla al comentarlo de «estructura y finalidad» o, en una palabra, de la causa del contrato. Con lo cual parece que estaríamos ante una de las restricciones a que se refiere el autor antes citado (cfr. *loc. ult. cit.*).

(47) *Vid.* con matices diversos, SANDROCK, *op. cit.*, pp. 44-47. LÜDERITZ, *op. cit.*, p. 454. LARENZ, *op. ult. cit.*, pp. 750-753, y ampliamente, *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, en «NJW», 1963, pp. 737 y ss., esp. 740. FLUME, *op. cit.*, p. 325; también, MAYER-MALY, *op. cit.*, pp. 982 y 984, y DILCHER, *op. cit.*, pp. 402-403.

Aunque la distinción aludida en el texto podría encontrar algún apoyo en nuestro art. 1.286, como acabamos de ver *supra*, nota 46, la crítica CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, pp. 929-930, nota 54.

(48) *Vid.*, en especial, HENCKEL, *op. cit.*, pp. 121-122.

(49) *Vid.* E. WOLF, *op. cit.*, pp. 427 y ss.

(50) *Vid.* CIAN: *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, pp. 187 y ss.

(51) *Vid.* GRASSETTI, *op. cit.*, pp. 19-20.

vulgada por Messineo (52), se difunde en los términos en que la concibe Betti (53) y que hemos expuesto precedentemente. Algunos autores, como Oppo (54) y Mirabelli (55), la identifican con la interpretación objetiva, y Cataudella (56) la considera superflua e inútil dada la existencia en el *Codice*, a diferencia del Código alemán, de normas abundantes sobre este último tipo de interpretación. El propio Messineo (57) ha rechazado la noción de lagunas en el contrato, producto de un paralelismo excesivo, a su juicio, con las lagunas de la ley, y estima que la integración de estas últimas por medio de la analogía no puede servir para suplir los vacíos del contrato, pues sólo pueden presentarse en lo concerniente a los efectos y colmarse mediante la aplicación de normas imperativas. Para Rodotà (58), la voluntad hipotética de los contratantes es un «equivoco psicologista», y la interpretación integradora, en cuanto constituye un enriquecimiento de la regla establecida por las partes, representa una propia y verdadera heterointegración del contrato. En fin, advierte Ziccardi (59) que la figura carece de autonomía y que ha de ser abandonada por no tener cabida en el Derecho italiano, donde se identifica y confunde con la interpretación objetiva (60) y donde incluso esta última se ha pensado que ha de definirse en términos de integración (61). Por eso es significativo que un autor, como Alpa (62), piense, en cambio, que la interpretación integradora se resuelve en una operación hermenéutica autónoma por virtud de la cual «el juez “constituye” el contrato en consideración a su base económica».

De lo que acabamos de exponer, en términos exageradamente esquemáticos, conviene resaltar dos aspectos diferentes. De una parte, el estudio de la doctrina alemana pone de relieve que la interpretación integradora nada tiene en común con la extensión analógica de los términos acordados expresa o tácitamente por los contratantes, y por eso se distingue y hasta se opone a la autointegración del contrato.

(52) Vid. MESSINEO: *Contratto. Diritto privato. Teoria generale*, en «ED», IX, Milano, 1961, pp. 784 y ss., esp. 396.

(53) Vid. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 243-245, e *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 368-369. Tan difundida se halla esta concepción bettiana, que la admiten autores de opiniones opuestas; así, RODOTÀ: *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 96-97, y ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 111.

(54) Vid. OPPO: *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 1, nota 1, y 166-167.

(55) Vid. MIRABELLI: *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile*, IV-2, 2.º, UTET, Torino, 1958, p. 211.

(56) Vid. CATAUDELLA: *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 95 y ss.

(57) Vid. MESSINEO, *loc. cit.*

(58) Vid. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

(59) Vid. ZICCARDI, *op. ult. cit.*, pp. 113 y ss.

(60) En tal sentido, RIZZO, *op. cit.*, pp. 252 y ss., 325 y ss. y 530 y ss., con referencias abundantes, últimamente.

(61) Vid. BESSONE y ROPPO: *Equità interpretativa ed «economia» del contratto. Osservazioni sull'art. 1.371 del Codice civile*, en «Giur. it.», 1974, II, c. 251, cit. por RIZZO, *op. cit.*, p. 280, nota 487.

(62) Vid. ALPA: *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 352.

De otra parte, el rechazo de esta clase de interpretación por la doctrina italiana no se debe tanto a la *contradictio in terminis* denunciada ya por Allara (63), y debida a su naturaleza ciertamente híbrida ni a la supuesta inconsistencia lógica de las lagunas del contrato (64), sino fundamentalmente a una razón de Derecho positivo. En el Código italiano, en efecto, dadas las abundantes normas de integración y las relativas a la interpretación objetiva, la interpretación integradora resulta o bien confundida con las primeras o bien absorbida por las últimas; pero se trata, en concreto, de normas que contemplan no sólo la interpretación del contrato según la buena fe —artículo 1.366—, sino la posibilidad de rectificar el contrato oneroso para «realizar una atemperación equitativa de los intereses de las partes» —artículo 1.371— (65).

5. LA INTERPRETACION INTEGRADORA EN LA LITERATURA ESPAÑOLA; CRÍTICA DE SU APROXIMACION A LA ANALOGIA Y A LA INTEGRACION.

Ahora bien, por no tener en cuenta estos dos aspectos, parte de nuestra doctrina no ha visto con claridad que la interpretación integradora es una categoría autónoma en el Código civil.

Así, en cuanto a la analogía, García Amigo (66) se muestra escéptico ante su existencia y virtualidad, a propósito de la interpretación del testamento, pues la identifica simplemente con la extensión analógica de la voluntad del testador. El mismo autor (67) explica, en la conferencia que hemos citado, que la interpretación integradora, en términos generales, «presupone auténticas lagunas en la *lex negotti*, y opera mediante el procedimiento analógico», procedimiento que no vale, a su juicio, para cubrir tales vacíos porque la interpretación busca solamente la intención real de las partes, y no la supuesta voluntad presunta, debiendo acudir, en tal caso, a la integración del contrato con las fuerzas objetivas previstas por el artículo 1.258. En otras palabras, nuestra figura, por hacerla descansar sobre la analogía, se desvanece y se disuelve en la integración. Y lo mismo da a entender Lacruz Berdejo (68) al asimilarla a la autointegración de la regla contractual.

(63) Vid. ALLARA: *Il testamento*, Padova, 1936, p. 341. Entre nosotros, parece compartir este criterio, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 191.

(64) Vid. MESSINEO, *loc. cit.*, y RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 93-94.

(65) Vid. el amplio estudio de GAZZONI: *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 295 y ss.; también, IZETTA, *loc. cit.*

(66) Vid. GARCÍA AMIGO: *Interpretación del testamento*, en «RDP», 1969, pp. 931 y ss., esp. 967-969.

(67) Vid. GARCÍA AMIGO: *Integración del negocio jurídico*, *cit.*, p. 84.

(68) Vid. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 231, quien advierte críticamente que «en el contrato, tal empleo (de la analogía) raramente será viable» (p. 232).

Aun cuando no alude a la analogía, se expresa en términos similares CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, p. 924, nota 39: «De alguna manera se podría decir para separar la interpretación integradora de la integración del contrato que mientras la primera supone una autointegración del mismo, la segunda implica su heterointegración.»

Observemos, por nuestra parte, que, aun cuando la analogía puede tener cabida en la interpretación sistemática del artículo 1.285, e incluso trasciende, según la jurisprudencia (69), del contrato singular para comprender todas las relaciones jurídicas existentes entre las partes, hay que decir que es distinta y opuesta a la interpretación integradora, y lo es, principalmente, porque ésta supone la actuación de unos criterios objetivos de heterodeterminación que, como la ley o los usos, complementan o, como la buena fe o la equidad, modifican lo acordado por los contratantes, ninguno de los cuales es reconducible, a diferencia de la analogía, a la voluntad real o presunta de las partes. Es verdad que, como escribe López y López (70), «del mismo modo que el ordenamiento jurídico tiene escasas, por no decir ninguna, vías de heterointegración, la reglamentación negocial en general, y en particular la contractual, carece de propias (en tanto que autónomas, en el sentido de referidas exclusivamente a la declaración de voluntad) posibilidades de autointegración».

El error es aquí de perspectiva; consiste en creer que, porque estamos ante una modalidad de la interpretación, sólo puede entenderse desde una óptica subjetivista. La prueba de que no es así la encontramos en quienes la admiten y la reconducen a la voluntad de los contratantes, pero se ven obligados a reconocer que la interpretación integradora supone una heterodeterminación del contenido y efectos del contrato. Así, por ejemplo, Santos Briz (71), aunque entiende que, en su virtud, «para completar la voluntad de las partes, se atenderá a la situación de los intereses para hallar una solución razonable y equitativa, tal como si las partes hubiesen pensado en ella», reconoce que estamos, en realidad, ante «un intento del juez de superar su misión judicial y establecer regulaciones asumiendo una facultad de configuración contractual, y, en fin, de valoración jurídica, perfectamente admisible a tenor de los principios sobre apreciación de la prueba y aplicación de la norma jurídica que incumben al Juzgador en nuestro proceso civil», la cual tiene su encaje en el artículo 1.287 del Código civil.

Por lo que se refiere a la confusión de la interpretación integradora y la auténtica integración, es cierto que hay autores que las asimilan de forma expresa, como Castán Tobeñas (72) o Puig Brutau (73), o de forma implícita, como Lasarte Alvarez (74). Pero no se debe olvidar que la doctrina mayoritaria predica de la buena fe y, conse-

(69) Cfr., entre otras, las sentencias de 21 de abril de 1951 («CL», núm. 131) y 5 de junio de 1981 («CL», núm. 252).

(70) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 7.

(71) Vid. SANTOS BRIZ: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pp. 206-207.

(72) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 557.

(73) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 237, para el que la distinción entre interpretación integradora e integración «es tan clara sobre el papel como confusa en la realidad», puesto que, a su juicio, «sería artificiosa la diferencia entre completar la estructura del contrato e intervenir en sus efectos».

(74) Vid. LASARTE ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 69-71.

cuentemente, del artículo 1.258 una doble función, tanto integradora como interpretativa; principalmente integradora, si se quiere, pero también interpretativa. En efecto, puesta de relieve esta función interpretativa por Miguel Traviesas (75), ya en 1925, ha escrito Ossorio Morales (76), en el mismo sentido, que el citado precepto «puede considerarse como complementario» de los que el Código dedica a la hermenéutica contractual, precepto que, a juicio de Albaladejo (77) constituye la sede propia de la interpretación integradora en nuestro Derecho. Por otra parte, se sabe que la *communis opinio* admite, sin duda alguna, la función interpretativa de la buena fe, aunque no existe un texto expreso que la establezca. Así lo hemos constatado a propósito de la distinción entre interpretación e integración, y así lo hace la doctrina moderna en materia de negocio jurídico. En tal sentido, De Castro (78) señala que dicha función se basa tanto en el carácter general del artículo 1.258 como en el elocuente silencio que guardan los artículos 1.281 a 1.289 sobre la buena fe; Díez-Picazo (79) advierte que constituye un «principio rector» de la interpretación de los contratos y que subyace, además, en el artículo 1.288, y Doral y Del Arco (80) la admiten por ser, en última instancia, un principio general del Derecho plasmado hoy en el artículo 7.º-1 del Código civil. En fin, no menos relevante es la jurisprudencia reiterada que acepta y aplica la buena fe, en sede de interpretación del contrato; por ejemplo, la sentencia de 22 de febrero de 1979 (81) y las siete sentencias que ella misma menciona.

Con todo, el tema se ha revisado recientemente por Lasarte Alvarez (82). Aun cuando este autor admite que la ley, los usos y la buena

(75) Vid. MIGUEL TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 48; en el mismo sentido, MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VIII, 2.ª ed., Madrid, 1907, p. 620, y SCAEVOLA: *Código civil*, XX, Madrid, 1904, p. 843, y 2.ª ed. por MARIN PÉREZ, Madrid, 1958, p. 884.

(76) Vid. OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte general*, Granada, 1956, p. 286, criterio que se mantiene en *Notas para una teoría general del contrato*, ed. póstuma por BELTRÁN DE HEREDIA, en «RDP», 1965, pp. 1071 y ss., esp. 1.095.

(77) Vid. ALBALADEJO GARCÍA: *Interpretación del negocio jurídico*, en «Rev. Fac. Der. Oviedo», 84-87, 1958, pp. 175 y ss., esp. 183; asimismo, *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, pp. 428-429, y *Curso de Derecho civil español*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1983, p. 493. En cambio, para GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 193, el asiento normativo de la interpretación integradora estaría en el art. 1.284 de nuestro Código civil.

(78) Vid. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 89.

(79) Vid. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 263-264. En sentido análogo, y a propósito de la división de las normas hermenéuticas en dos grupos —aspecto a que nos referimos más adelante— escribe JORDANO BAREA: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, p. 58, que «dominando a uno y otro grupo de normas está el principio de la interpretación según la buena fe (arg. ex. art. 1.258)».

(80) Vid. DORAL y DEL ARCO, *op. cit.*, p. 133.

(81) Cfr. en «CL», núm. 58.

(82) Vid. LASARTE ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 71-72; la expresión transcrita en el texto procede de la p. 68, y explica en p. 71: «la segunda parte del art. 1.258 no puede considerarse como un *precepto interpretativo*, aun cuando la buena fe, el uso y la ley sean también criterios interpretativos de los que se vale el C.c. (sobre todo, en

fe son criterios interpretativos de los que se vale el Código civil, niega, sin embargo, «la adscripción del artículo 1.258 a la esfera interpretativa», y se basa en que el texto literal del precepto, la colocación sistemática, los antecedentes históricos y los demás Códigos latinos nos muestran, a su juicio, que se trata de una norma de integración. Argumentos que, a nuestro entender, no parecen convincentes ni decisivos, sobre todo, porque no excluyen la función interpretativa que asume el precepto de forma adicional a la función integradora, tal como entiende la opinión tradicional, dando lugar a la interpretación en función complementaria o reconstructiva, en palabras de De Castro (83), o función correctiva, según Doral y Del Arco (84), en concordancia tanto con el artículo 1.288 como con el 1.289. Tampoco excluyen la existencia autónoma de la interpretación integradora en nuestro Derecho, pues, justamente, la ley, los usos, la buena fe y la equidad son los medios de los que se sirve esta clase de interpretación para completar o rectificar el contrato, en los términos que luego veremos, de conformidad con los artículos 1.286 a 1.289 del Código civil.

Además, la asimilación de la interpretación integradora y la integración responde a la idea errónea, a nuestro juicio, de que la interpretación es ajena o no se relaciona con la determinación de los efectos del contrato. El tema se ha discutido principalmente en la doctrina alemana, donde se ha combatido con tenacidad la conocida tesis de Danz (85) al respecto. Sostuvo este autor, como es sabido, que

los arts. 1.281 y ss., pero también en buen número de artículos dispersos). En el mismo sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 21 y 23, aunque admite la función interpretativa de la buena fe y considera que «hay normas de las comprendidas en los artículos 1.281 a 1.289 que encuentran su última *ratio* precisamente en el principio de la buena fe» (p. 22), niega que se pueda apoyar en el art. 1.258, dado el texto literal del precepto. En cambio, CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, pp. 921-922, nota 35, dice que el precepto «no se limita a establecer las fuentes de integración del contrato, sino también se refiere a la buena fe como criterio de interpretación objetiva o en su función interpretativo-integradora».

(83) *Vid.* DE CASTRO: *El negocio jurídico, cit.*, p. 78.

(84) *Vid.* DORAL Y DEL ARCO, *op. cit.*, p. 123-124.

(85) *Vid.* DANZ, *op. cit.*, pp. 5, 6, 19 y ss.; 74 y ss. y 137 y ss.

No entramos aquí en el problema de la distinción entre contenido y efectos del contrato. La mantiene CATAUDELLA, *op. cit.*, pp. 90 y ss., para el que el contenido es producto de la autonomía privada, materia de la interpretación y objeto de las normas de interpretación, mientras que los efectos son predispuestos por el ordenamiento, materia de la integración y objeto de las normas supletorias, lo cual le conduce a la sorprendente conclusión de que las normas de interpretación objetiva o integradora son de naturaleza supletoria. Entre nosotros, admite en parte esta conclusión GARCÍA AMIGO: *Integración del negocio jurídico, cit.*, p. 83, donde precisa: «la interpretación objetiva, participa, de un lado, de la figura de la interpretación, pues su campo de acción es el mismo: eliminar las oscuridades o dudas de la voluntad negocial y, de otro lado, participa de la figura de la integración, por cuanto acude, para resolver aquellas dudas, a los criterios de valoración legales —y, por tanto, a los procedentes de las fuerzas objetivas integradoras»; esto es, la ley, los usos y la buena fe. Lo cual es cierto, pero, a nuestro juicio, es propio de la interpretación integradora y no de la interpretación objetiva, en la medida en que se deba distinguir una y otra.

Sin embargo, a la hora de fijar la zona de actuación de la integración, surge el problema; para ZICCARDI: *L'integrazione del contratto, cit.*, pp. 134 y ss., actúa lo

la misión de la interpretación no es sólo averiguar el sentido de la declaración de la voluntad, sino que, como dice en el *Prólogo* de la 2.^a edición de su obra, «la interpretación es siempre la que determina los *efectos jurídicos*»; se basa fundamentalmente en que estamos ante una cuestión de Derecho, regida por normas semejantes a las supletorias, puesto que es lo mismo, a su juicio, la voluntad oscura y la falta de voluntad o que el legislador diga al juez que interprete dicha voluntad y proclame su efecto jurídico o que sea el propio legislador el que determine tal efecto directamente. Asimismo, Titze (86), afirmó que «no existe la más mínima diferencia esencial entre las disposiciones sobre la interpretación y las normas de integración»; estima este autor que, en el fondo, «la declaración no clara y la declaración con lagunas son sólo denominaciones diversas de una sola cosa», ya que ante una u otra hay que determinar su contenido, esto es, «la suma de consecuencias producidas por la declaración». Descartada esta tesis durante algún tiempo (87), Bickel (88) se ha hecho eco de la misma. Este autor, netamente contrario a los antiguos prejuicios voluntaristas, niega que mediante la interpretación se trate de aclarar una declaración de voluntad, sino de establecer el sentido objetivo de una declaración negocial, y ello porque la interpretación consiste, para él, más que en esclarecer el significado de una voluntad, en determinar los efectos que, según el ordenamiento, corresponden a dicha declaración negocial; prueba de que esto es así, a su juicio, es que la interpretación tiene lugar en la fase ulterior de ejecución o cumplimiento del negocio jurídico y sirve para determinar, en ese preciso momento poscontractual, los efectos que se desprenden del mismo.

Señalemos, en fin, que esta tesis no es ajena a nuestra doctrina. Aunque fue desestimada por Miguel Traviesas (89) expresamente, ha entendido Ossorio Morales (90), sin embargo, que la interpretación «resuelve discrepancias en orden a obligaciones y derechos nacidos del contrato» y busca el sentido que debe atribuirse a las declaraciones de las partes, pues de tal sentido «dependerán —escribe— las

mismo sobre el contenido que sobre los efectos; para DI MAJO GIAQUINTO: *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 212, situarla en una u otra zona es una «pura cuestión de gusto». Por eso, RODOTÁ, *op. cit.*, pp. 78 y ss., niega la distinción; también, GAZZONI, *op. cit.*, pp. 185 y ss., y G. B. FERRI: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 264 y ss.; últimamente, RIZZO, *op. cit.*, pp. 530 y ss.

(86) Vid. TITZE: *Die Lehre vom Missverständnis. Eine zivilrechtliche Untersuchung*, Berlin, 1910, pp. 83 y ss., y 474 y ss., esp. 481 y 483.

(87) Vid. OERTMANN: *Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1914, reimpr. Aalen, 1971, pp. 248 y ss., y *Kommentar zum B.G.B., Allegeminer Teil*, Berlin, 1927, pp. 466-467; F. LEONHARD, *op. cit.*, pp. 34 y ss.; LARENZ: *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, cit., pp. 57-58.

(88) Vid. BICKEL, *op. cit.*, pp. 99 y 138 y ss.; también, MANGOLD, *op. cit.*, p. 2285; últimamente, HAGER: *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, München, 1983, pp. 165-166.

(89) Vid. MIGUEL TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 40.

(90) Vid. OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil*, cit., p. 282.

consecuencias que el contrato haya de producir». Es conocida, por otra parte, la definición de interpretación que propone Cano Mata (91), según la cual se trata de un «proceso mental que conduce al intérprete, a través de las reglas dadas por el legislador, a declarar el sentido y alcance de lo querido por las partes, y consiguientemente, las normas jurídicas y los efectos que le son de aplicación». Y en términos parecidos escribe Puig Brutau (92) que la interpretación propia, por contraste con la integradora precisamente, se caracteriza porque «trata de averiguar el sentido de lo manifestado por las partes y de fijar, por tanto, los efectos que corresponden a la voluntad contractual».

Esta extensión de la interpretación a los efectos del contrato no debe extrañarnos. El Código civil, aparte de la mención expresa del efecto que hace en el artículo 1.284, al consagrar el llamado principio de conservación, tiene en cuenta los efectos típicos, en cuanto criterio de interpretación, en lo que el artículo 1.286 llama «objeto del contrato», pues esta norma no puede referirse a algo distinto si recordamos que las «cosas», el otro objeto posible del mismo, aparecen contempladas ya por el artículo 1.283 y una reiteración aquí no es concebible. Además, es claro que en los preceptos siguientes, los artículos 1.287 a 1.289, hay una preocupación evidente por los efectos del contrato discutido, dado que aluden a los usos, a la interpretación *contra proferentem* y a la rectificación de los extremos no esenciales del contrato conforme a la equidad.

6. AUTONOMIA DE LA INTERPRETACION INTEGRADORA Y COEXISTENCIA CON LA INTERPRETACION SUBJETIVA Y OBJETIVA EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL; POSICION JERARQUICA Y NATURALEZA DE LAS NORMAS QUE LA RIGEN.

Veamos ahora el sistema de los artículos 1.281 a 1.289 de nuestro Código civil. Ha escrito López y López (93) recientemente que «es tradicional sistematizar las normas legales de interpretación de los contratos en dos grupos», uno relativo a la interpretación subjetiva y otro concerniente a la interpretación objetiva. Pero es preciso, a nuestro juicio, revisar esta opinión tradicional, pues los preceptos citados exigen y admiten una organización diferente. Aparte de que esta clásica bipartición presenta serias dificultades de orden conceptual y práctico, hay que separar, entre los preceptos que se adscriben habitualmente a la interpretación objetiva, los cuatro últimos —los artículos 1.286 a 1.289—, porque se refieren, en realidad, a un objeto distinto. Y este objeto es el contrato incompleto que es materia de la interpretación integradora.

En cuanto a la distinción entre la interpretación subjetiva y objeti-

(91) Vid. CANO MATA, *op. cit.*, p. 194.

(92) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 236.

(93) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 16.

va, recordemos, ante todo, que hay maneras diversas de concebirlas. Por ejemplo, para Grasseti (94), la interpretación subjetiva supone una declaración clara y la objetiva una declaración oscura, ambigua o dudosa; piensa Oppo (95), en cambio, que la subjetiva es una interpretación histórica porque intenta reconstruir exactamente la voluntad de las partes, mientras que la objetiva sería ahistórica o desligada del propósito perseguido por los contratantes; Betti (96), en fin, reconduce la subjetiva a la interpretación psicológica en tanto la objetiva, a la interpretación técnica. Entre nosotros, recoge, quizá, la opinión común Díez-Picazo (97) cuando escribe que la interpretación subjetiva busca la *voluntas spectanda* y es, por ello, una interpretación histórica que se orienta a la reconstrucción de la voluntad real, del pensamiento o de la intención común de las partes, mientras que la interpretación objetiva trata de eliminar las dudas o ambigüedades de la declaración contractual, incluso con independencia de la voluntad real de los contratantes.

A este problema conceptual se une la dificultad práctica de encuadrar los preceptos en uno o en otro grupo. Para el autor que acabamos de citar, por ejemplo, pertenecen al grupo de la interpretación subjetiva los artículos 1.281 a 1.283 y al de la interpretación objetiva, los restantes; pero hemos visto que Clavería Gosálbez (98) considera que el artículo 1.285 es también de interpretación subjetiva, de modo que los artículos 1.284 y 1.286 a 1.289 se encuadran, para este autor, en la interpretación objetiva. Especial dificultad presenta, a nuestro modo de ver, la calificación del artículo 1.283, pues, al consagrar la regla de especialidad de la interpretación, se refiere tanto a «la generalidad de los términos del contrato» como a las cosas y casos comprendidos dentro del propósito de los contratantes, por lo que puede considerarse lo mismo de interpretación objetiva —términos de la declaración— que de interpretación subjetiva —propósito o intención de las partes.

Para resolver estas dificultades se debe atender, a nuestro juicio, al objeto o materia que se trata de interpretar, criterio con arreglo al cual las normas del Código civil se pueden dividir en tres —y no sólo en dos— grupos, pues es claro que hay algunas que se refieren a la intención común de los contratantes, otras a la declaración de

(94) Vid. GRASSETTI, *op. cit.*, pp. 18-19 y 225 y ss.

(95) Vid. OPPO, *op. cit.*, pp. 5 y ss. y 71 y ss.

(96) Vid. BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 361 y ss. Contrario a la distinción, ALPA: *L'interpretazione del contratto*, cit., pp. 16 y 62 y ss., recientemente; la mantiene, en cambio, RIZZO, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

(97) Vid. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 260-261; en parecidos términos, LÓPEZ Y LÓPEZ, *loc. ult. cit.*

(98) Vid. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 261, y CLAVERÍA GOSALBEZ: *Comentario de la sentencia de 24 de octubre de 1983*, cit., p. 1027. Para LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 18, nota 29, 34 y 36, aunque el art. 1.283 es «claramente una norma de interpretación subjetiva», «la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado en la aplicación de este precepto criterios que se consideran complementarios o auxiliares del fundamental subjetivo que preside el artículo, y que, en realidad, tienen un señalado perfil objetivo».

voluntad y otras, en fin, al contenido y efectos del contrato. Estos grupos se corresponden, respectivamente, con la interpretación subjetiva, objetiva e integradora, y se distinguen, además, por los medios hermenéuticos predispuestos en cada caso por la ley.

De acuerdo con esto, pertenecen a la interpretación subjetiva los artículos 1.281 y 1.282 solamente, pues son los únicos que se encaminan de forma exclusiva a averiguar la intención común de los contratantes; los medios interpretativos predispuestos, en este caso, son, por una parte, el tenor literal de los términos empleados por los contratantes en la medida en que sean claros y coincidentes con la intención de los mismos o, al menos, no den lugar a dudas (99) y, por otra parte, sus actos propios, tanto los anteriores, según entiende la doctrina y la jurisprudencia unánimes (100), como los coetáneos y posteriores a la celebración del contrato.

En cambio, son de interpretación objetiva los artículos 1.283, 1.284 y 1.285, puesto que su única y común finalidad es reconstruir el significado de la declaración de voluntad, en los casos que ellos mismos previenen; los medios que tales preceptos contemplan son, respectivamente, estos tres: la regla de especialidad de la interpretación, el principio de conservación del contrato celebrado válidamente y la regla o canon de totalidad o sistematicidad de las diversas cláusulas o partes del contrato. Pero los preceptos que siguen, los artículos 1.286 a 1.289, no son de interpretación objetiva, sino que pertenecen a la interpretación integradora, pues no se refieren, como los anteriores, a la declaración de voluntad, sino al contenido y efectos del contrato, y contemplan, además, medios de interpretación diversos. En el Código civil, pues, la interpretación objetiva no absorbe ni se confunde con la interpretación integradora; no hay un eclipse, siquiera, de la última tras la primera (101).

Por el contrario, la interpretación integradora constituye, en nuestro Derecho, una categoría autónoma, de importante sustantividad normativa, que se distingue de la interpretación objetiva, además del objeto o materia de la interpretación, por el carácter integrador de las normas que la regulan y por los medios interpretativos que cada una de ellas predispone. Así, ha constatado el profesor Luna Serra-

(99) *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 24 y ss., por todos.

(100) *Vid.* en particular, LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 27 y 32-34; sobre el punto, la reciente sentencia de 21 de febrero de 1986 («AC», núm. 473), constituye una buena síntesis de la doctrina jurisprudencial.

Ultimamente, LIOTTA: *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, en «RTDPC», 1977, pp. 972 y ss., subraya la importancia de los actos propios de los contratantes hasta el extremo de absorber la intención común de los mismos y se opone a la división del comportamiento en los tres momentos señalados en el texto por considerarla artificial y distorsionadora de su significado.

(101) Con todo, JORDANO BAREA, *op. cit.*, p. 58, parece asimilarlas; asimismo, a propósito de la buena fe, LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 22, texto y nota 34. En el mismo sentido, aunque admite la autonomía de la interpretación integradora, CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, pp. 921, 929 y 935, la califica, en ocasiones, de interpretación objetiva.

no (102) recientemente que los artículos 1.286 y 1.287 pertenecen, en su opinión, a la interpretación integradora, porque la actuación de la buena fe y de los usos les «reviste claramente de significado integrativo», en tanto la segunda parte del último precepto citado, «hace tránsito», a su juicio, «de la interpretación a la integración»; incluso este autor considera que el artículo 1.289 es una norma interpretativa, más que una simple norma de interpretación, en el sentido de que no indica un camino o un método de interpretación, sino que determina por sí mismo el alcance que ha de darse a la declaración negocial, precepto que, aun colocado bajo la rúbrica de la interpretación, tiene un significado casi exclusivamente integrativo.

Este carácter integrador de los preceptos que examinamos se comprende bien si contemplamos de cerca los distintos medios interpretativos que previenen. Se trata de los siguientes: a) la naturaleza o el tipo y los efectos típicos del contrato, según lo que dispone el artículo 1.286; b) los usos interpretativos y las cláusulas usuales que, de acuerdo con el artículo 1.287, han de tenerse en cuenta tanto para interpretar como para integrar el contrato; c) la buena fe objetiva que, a tenor del artículo 1.288, impide favorecer al contratante que ha impuesto y ocasionado la oscuridad, y d) el equilibrio de las prestaciones recíprocas y la menor extensión de las unilaterales o gratuitas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.289.

Resalta aquí —y conviene subrayarlo— un paralelismo notable entre las fuentes de integración del contrato que establece el artículo 1.258, lo mismo que sus equivalentes de los Códigos latinos, y los medios de la interpretación integradora en nuestro Derecho. En ambos casos se trata, si bien se mira, de la ley dispositiva —artículo 1.286—, el uso —artículo 1.287— y la buena fe —artículo 1.288—. Por lo que atañe a la equidad, aparte de la norma genérica del artículo 3.º-2 del Código civil, es claro que constituye la *ratio* del artículo 1.289 (103), pues el juez debe tenerla en cuenta al determinar la «mayor reciprocidad de intereses» o la «menor transmisión de derechos» en atención al tipo de contrato y a las circunstancias del caso de que se trate.

Observemos, en fin, que estamos ciertamente ante la interpretación integradora, y así lo pone bien de relieve el hecho de que el contrato objeto de la misma no es tanto un contrato oscuro, ambiguo o dudoso, sino más bien un contrato incompleto, que puede presentar lagunas tanto propias como impropias, en los términos que han quedado oportunamente expuestos. Lagunas propias habrá en los casos

(102) *Vid.* LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 267; en sentido análogo, JORDANO BAREA, *loc. ult. cit.*, afirma: «el segundo grupo, constituido por los artículos 1.286 a 1.289, tiene una función preferentemente integradora del medio negocial —no del negocio mismo—, resolviendo los casos de ambigüedad u oscuridad de la declaración, que por aquél solo medio no serían aclarados», aunque luego añade entre paréntesis: «son las reglas de interpretación *objetiva*».

(103) *Vid.* ALONSO PÉREZ, *Nota*, en Pietrobon, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad., anot. y conc. por Alonso Pérez, Madrid, 1971, pp. 176-177.

de los artículos 1.286 y 1.287, las cuales han de suplirse por aplicación del Derecho dispositivo o del uso, en tanto que son lagunas impropias las presupuestas por los artículos 1.288 y 1.289, las cuales habilitan para modificar el contrato injusto en contra de la parte predisponente o a favor de la reciprocidad de las prestaciones o de la reducción de la prestación única.

Por último, por lo que se refiere a la jerarquía o prelación entre la interpretación subjetiva, objetiva e integradora, hay que tener muy en cuenta que el problema se relaciona con la naturaleza imperativa o dispositiva de las normas legales que regulan la hermenéutica contractual. Es afirmación común, en palabras de López y López (104), que «el intérprete debe agotar los medios que le ofrece la interpretación subjetiva antes de utilizar los recursos que le pueda ofrecer eventualmente la interpretación objetiva», dentro de la que incluye los preceptos que pertenecen, para nosotros, a la interpretación integradora. La prioridad de la interpretación subjetiva suele basarse en el espiritualismo propio de nuestro Derecho histórico y en vigor (105), en el predominio de la voluntad sobre la declaración (106) y en el carácter absolutamente básico de la intención común de los contratantes (107); a lo que se une el orden de exposición de los preceptos en el Código civil (108) y la letra del artículo 1.289 a cuyo tenor éste debe aplicarse sólo «cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes» (109). Pero estos argumentos, a nuestro entender, prueban poco porque se refieren, en realidad, a la forma del contrato, a los vicios del consentimiento y a la relevancia de la autonomía privada, los cuales inciden sólo traslativamente en el tema que nos ocupa; asimismo, la sistemática externa no parece ser relevante e incluso el texto del artículo 1.289 se puede entender, no en el sentido de que deba ser aplicado siempre en último lugar, sino en el de contener la *extrema ratio* por virtud de la que el contrato discutido o se modifica o se anula. Del Código civil, por el contrario, no parece desprenderse prelación alguna, salvo la del sentido literal que se subordina a la inexistencia de dudas (110) y la del artículo 1.282 respecto al 1.281 (111).

(104) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 17.

(105) Vid. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., p. 82, y LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 25.

(106) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 26 de enero de 1981, citada *supra*, nota 2.

(107) Vid. DE CASTRO: *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley*, cit., pp. 854-855 y 857; también, LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 17 y 25.

(108) Vid. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 261.

(109) «Palmariamente subsidiario» lo considera, últimamente, la sentencia de 2 de julio de 1985, que hemos citado *supra*, nota 2.

(110) Nótese que esta preferencia es sumamente relativa, pues depende, en el fondo, de un criterio subjetivo y opinable, hasta el extremo que un contrato puede ser considerado a la vez claro y dudoso. Tal es el caso emblemático de la sentencia de 12 de febrero de 1986, citada *supra*, nota 2, en la que el voto de mayoría se inclinó por la claridad, mientras el voto particular, en cambio, por la duda.

(111) Con toda razón, los comenta juntos LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 24 y ss., «porque constituyen una sola norma, como por otra parte es comúnmente admitido» (p. 24).

Lo que es lógico, a nuestro juicio, porque los preceptos que estudiamos se colocan claramente en supuestos de hecho distintos y resuelven problemas diferentes, de modo que las tres clases de interpretación, aunque pueden concurrir en el caso concreto, no se excluyen entre sí.

Por eso, cuando se trate de averiguar la intención común de los contratantes, debe operar la interpretación subjetiva a través de los medios previstos por los artículos 1.281 y 1.282, esto es, el sentido literal de lo acordado y los actos propios de los contratantes. En cambio, cuando se trate de reconstruir la declaración de voluntad, debe jugar la interpretación objetiva mediante las reglas de especialidad, conservación y sistematicidad de los artículos 1.283, 1.284 y 1.285. Pero ocurre que la voluntad concorde de los contratantes no puede impedir que el contrato se interprete conforme a la intención común o a los actos propios de los mismos, puesto que se trata de normas protectoras de la autonomía privada y, por tanto, de *ius cogens*. Mientras que sí podrían las partes, además de establecer una interpretación auténtica o de modificar lo pactado, excluir de forma expresa las reglas de la interpretación objetiva, porque, a diferencia de las anteriores, son de naturaleza dispositiva o supletoria. Es de advertir que De Castro (112) ha subrayado, en un sentido análogo, pero no idéntico, el carácter básico de la interpretación subjetiva y meramente auxiliar de la objetiva. Pero, a nuestro modo de ver, con ser esto cierto, no se debe a una preferencia absoluta de la primera sobre la última, sino a la naturaleza diversa de las normas que regulan una u otra clase de interpretación. Como acabamos de decir, mientras las normas de interpretación subjetiva son indisponibles por los particulares por ser imperativas, las de interpretación objetiva son, en cambio, disponibles y derogables por la autonomía privada. Sólo desde este punto de vista, pues, se puede afirmar que hay una preferencia de la interpretación subjetiva sobre la objetiva.

Por lo que respecta a la interpretación integradora, la solución ha de ser matizada por la naturaleza heterogénea tanto de los medios interpretativos que comprende como de las normas que la rigen. Es claro que sólo ha de tener lugar cuando se den los supuestos de hecho previstos por los artículos 1.286 a 1.289; en otras palabras, debe actuar cuando se precise adaptar el contrato al Derecho dispositivo,

(112) *Vid.* DE CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 856, donde afirma que las normas hermenéuticas, distintas del art. 1.281, «no tienen más que un valor admonitivo o de orientación», modificando el autor su anterior opinión favorable al indudable carácter vinculante, e incluso imperativo, de todas las normas legales sobre interpretación de los contratos, sin distinción; *vid.*, en este último sentido, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 80.

Este cambio de opinión ha sido criticado por LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 18, nota 28; también, por nuestra parte, en *Comentario de la sentencia de 12 de noviembre de 1984*, *cit.*, p. 2151-2152, a propósito de la postura ecléctica que mantiene el Tribunal Supremo en materia de casación por infracción de los arts. 1.281 a 1.289 del Código civil. Aunque no vamos a entrar aquí en esto último, *vid.* FENECH: *La interpretación del negocio jurídico y su censura en casación*, en FENECH y CARRERAS: *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pp. 629 y ss.

esclarecer o completar lo pactado con arreglo a los usos, determinar el alcance de las cláusulas oscuras en contra de quien las impuso y reequilibrar o reducir las prestaciones. Pero si bien los contratantes pueden apartarse, dentro de los límites del artículo 1.255, del Derecho dispositivo y de los usos, la autonomía privada no puede excluir, en cambio, ni la interpretación *contra proferentem* ni la posible rectificación del contrato inicuo. Lo que quiere decir que, mientras los artículos 1.286 y 1.287 pertenecen al Derecho dispositivo, los artículos 1.288 y 1.289 son, en cambio, de *ius cogens*.

Por consiguiente, cabe concluir que, aunque no hay una jerarquía que determine *a priori* la prelación de la interpretación subjetiva, objetiva e integradora, es claro que los contratantes pueden excluir algunas reglas legales de la hermenéutica contractual; pueden excluir las de naturaleza dispositiva, pero no las de índole imperativa. En concreto, son disponibles por la autonomía privada las tres reglas de la interpretación objetiva y las dos primeras de la integradora, en tanto pertenecen al *ius cogens* y son indisponibles las reglas de la interpretación subjetiva y las dos últimas de la integradora. Sólo en este preciso sentido puede decirse, en fin, que las reglas imperativas son preferentes a las dispositivas y es inexacto sostener la preferencia absoluta de la interpretación subjetiva sobre las demás clases de interpretación. Es más, si en la escala de valores que impera en la contratación moderna, la buena fe y la equidad se sitúan por encima de la libertad contractual (113), los artículos 1.288 y 1.289 —los dos últimos de la interpretación integradora— asumen una prioridad de primer orden y se deben anteponer a las reglas de la interpretación subjetiva.

7. A MODO DE CONCLUSION. EL «TEST» DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA, FRANCESA Y ESPAÑOLA.

Para terminar, una mirada rápida a la jurisprudencia nos permitirá comprobar la virtualidad práctica de la interpretación integradora, pues los tribunales, al interpretar el contrato, no sólo despliegan su contenido implícito y determinan sus efectos, sino que llegan, incluso los nuestros, hasta modificar lo acordado por los contratantes.

Sumamente elocuente al respecto es la llamada *construction* de los términos del contrato que llevan a cabo los tribunales ingleses, a pesar del respeto que guardan a la *sanctity* de lo acordado, con notable flexibilidad (114). En cuanto al contenido, además de las re-

(113) En tal sentido, GHESTIN: *Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, pp. 138 y 140, habla tanto de un «principio de justicia contractual» como de un «principio de buena fe» y los sitúa en el mismo plano. Se trata del tema del último trabajo publicado por el Prof. DE CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía privada. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, en «ADC», 1982, pp. 987 y ss., esp. 1051 y ss.

(114) Vid. CHESHIRE y FIFOOT: *Law of Contract*, 20.^a ed. por Furmston, London, 1981, pp. 106 y ss.; TREITEL: *The Law of Contract*, 6.^a ed., London, 1983,

glas de interpretación de las cláusulas escritas fundamentalmente iguales a las nuestras (115), la jurisprudencia y la legislación especial han dado lugar a la doctrina de los «términos implícitos», cuya función es, en sede de interpretación, llenar los vacíos dejados por las partes en lo pactado o suplir contingencias que ellas no previeron (116). Aunque es tradicional reconducir tales términos a la intención presunta de los contratantes, advierte Atiyah (117) que esto es una ficción; se trata, a su juicio, de verdaderos «contratos hechos por el juez» en aplicación de deberes exigibles a las partes conforme a los precedentes judiciales y a concretas disposiciones de la legislación especial. Estos deberes miran lo mismo a la formación del contrato —no ocultar información de hecho, evitar actos que generen una representación equívoca, no ejercer presión o influencia inoídas, no abusar de posiciones de confianza— que a la ejecución o cumplimiento del mismo —error común, alteración de las circunstancias, *frustration*, etc.—. Sea cual fuere el fundamento de estos términos implícitos, son de evidente significado integrador; prueba de ello es que se han reconocido, entre otros, los siguientes: todos los precisos para la eficacia económica del contrato; los que se desprenden por deducción lógica de lo acordado, siempre que sean exactos y razonables; los derivados del deber de cooperar para asegurar o no impedir el cumplimiento de lo pactado; los acordados en tratos preliminares o impuestos por los usos locales y comerciales (118). Por lo que se refiere a los efectos del contrato, los términos expresos e implícitos se suelen clasificar en *conditions* y en *warranties*, aparte de otras categorías intermedias o especiales (119). La diferencia radica en que se consideran *conditions* los términos esenciales en tanto se califican de simples *warranties* o garantías los subsidiarios y colaterales; pero la importancia de esta clasificación y jerarquía estriba en la magnitud diversa de las consecuencias que se derivan del incumplimiento. Mientras el incumplimiento de un término esencial da lugar a que la parte inocente pueda optar entre la resolución o el cumplimiento con indemnización

pp. 150 y ss., y *An outline of The Law of Contract*, 3.^a ed., London, 1984, pp. 62 y ss.; además de los clásicos reeditados por Guest: CHITTY, *On Contracts*, 25.^a ed., London, 1983, pp. 401 y ss.; y ANSON, *Law of Contract*, 24.^a ed., London, 1977, pp. 124 y ss.

La figura ha despertado el interés de la doctrina italiana; *vid.* BESSONE: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 178 y ss.; RODOTA, *op. cit.*, pp. 97-98, nota 116; ALPA: *L'interpretazione del contratto*, *cit.*, pp. 10-13; e IZIETTA, *op. cit.*, p. 26.

(115) *Vid.* GUEST, en ANSON, *op. cit.*, pp. 149-150 y en CHITTY, *op. cit.*, pp. 429 y ss.

(116) La noción aparece por primera vez en el célebre caso *The Moorcock*, 1889, en 14. P.D., pp. 64 y ss., referida a las obligaciones inherentes a la «intención presunta de las partes»; *vid.* GUEST, en Chitty, *op. cit.*, p. 451.

(117) *Vid.* ATIYAH: *An Introduction to the Law of Contract*, 3.^a ed., Oxford, 1981, reimpr. 1984, pp. 75, 144 y ss., 176 y ss. y 184 y ss.

(118) *Vid.* GUEST, en Chitty, *op. cit.*, pp. 451 y ss., y en ANSON, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

(119) *Vid.* GUEST, en Chitty, *op. cit.*, pp. 409 y ss., y en Anson, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

de los daños y perjuicios, el incumplimiento de los términos no esenciales, en cambio, da derecho solamente a la indemnización. Es claro, pues, que la interpretación se extiende por estas dos vías a la integración del contenido y a la determinación de los efectos del contrato.

No menos significativa en ambos aspectos es la jurisprudencia francesa. Por lo que atañe al contenido, han señalado Weill y Terre (120) recientemente que, en el caso límite del contrato incompleto, aunque el juez podría erigirse en ministro de equidad y reconstruirlo libremente, tras la aplicación del Derecho supletorio, como si fuera un contratante imparcial, los tribunales, en la práctica no lo hacen, salvo al amparo de la voluntad tácita o presunta de las partes. Importante excepción es, sin embargo, la elaboración jurisprudencial de la responsabilidad inherente a ciertos contratos de servicios profesionales; es el caso del deber de aconsejar que incumbe a los notarios, la diligencia según los adelantos de la ciencia exigible a los médicos o la obligación de seguridad que recae sobre los transportistas. Por lo que atañe a los efectos, es reveladora la doctrina de la *dénaturation*, que permite revisar en casación los que determina el juez tras la calificación del contrato. Aunque se siga afirmando que la interpretación, en palabras de Flour y Aubert (121), «*est le type de la question de fait*», una sentencia de 1871 admitió la casación de una resolución que, al atribuir al contrato efectos diversos de los previstos por las partes o la ley, lo desnaturalizaba, y en 1888 se consideró inadmisibile que los jueces «puedan destituir de sus efectos legales y sus consecuencias necesarias a las convecciones cuya existencia han constatado ellos mismos» (122). Explica Boré (123) que la desnaturalización consiste, en rigor, en el «desconocimiento por el juez de fondo del sentido claro y preciso de un texto escrito», la cual se contrapone a la negativa de aplicación, a la calificación errónea y a la interpretación propiamente dicha; en cuanto a esta última, porque la desnaturalización supone la existencia de un texto claro y preciso. Ha criticado Josserand (124) esta distinción, pues advierte, con razón, que tales claridad y precisión presuponen la interpretación previa del contrato.

(120) Vid. WEILL y TERRE: *Droit civil. Les obligations*, 3.^a ed., Paris, 1980, pp. 407-408.

(121) Vid. FLOUR y AUBERT: *Les obligations*, I, Paris, 1975, p. 308; por eso, las normas que rigen la interpretación de los contratos, según CARBONNIER: *Droit civil*, IV, Paris, 1969, p. 214, «máximas codificadas». En contra de esta orientación, MARTY: *La distinction du fait et du droit*, Toulouse, 1929, y *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, «Trav. Ass. Capitant», V, Paris, 1949, pp. 85 y ss.; últimamente, REIG: *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, pp. 357 y ss.

(122) Se trata de las sentencias de casación de 15 de abril de 1871, cit. por BORÉ: *Un centenaire: Le controle par la Cour de Cassation de la dénaturation des actes*, en «RTDC», 1972, pp. 249 y ss., esp. 250, y de 24 de diciembre de 1888, cit., por WEILL y TERRE, *op. cit.*, p. 414, nota 4. En general, vid. TERRE: *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1955, y MARRAUD: *La notion de dénaturation en droit civil français*, Nancy, 1974.

(123) Vid. BORE, *op. cit.*, pp. 254 y ss.

(124) Vid. JOSSERAND: *Cours de droit civil positive français*, II, Paris, 1930, núm. 242.

Aunque esta doctrina se relaciona con la recurrente regla *in claris non fit interpretatio* (125), es lo cierto que habilita al juez, en sede de interpretación, para determinar los efectos del contrato, determinación que, por la vía de la desnaturalización, es, además, revisable en casación.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, nos limitamos a destacar tres aspectos fundamentales. En primer lugar, hay que decir que el Tribunal Supremo es consciente de la distinción doctrinal de interpretación e integración; lo ponen de relieve, por ejemplo, las sentencias de 24 de junio de 1969 en materia de buena fe y de 15 de octubre de 1965 en tema de uso *ex* artículo 1.287, según la cual ésta «es una norma que más que a la exégesis del contrato tiende a completar el mismo» (126). En segundo lugar, el Alto Tribunal lleva a cabo la interpretación integradora de forma implícita cuando, al interpretar el contrato, lo completa o lo modifica. Ilustrativa en este sentido es la sentencia de 8 de noviembre de 1983 (127), que decide añadir a un contrato de obra verbal una cláusula no pactada de revisión de precios, pues «la intención en este caso de los contratantes, al haber de atender a una (no expresa) voluntad «común», no es lo que cada uno de ellos quiso, sino lo que decida un observador imparcial, es decir, el Tribunal a quo, con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la Ley, como se deduce del artículo 1.285 (*rectius*: 1.258), y en esa operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio de elementos objetivos». Asimismo, las sentencias de 16 de noviembre de 1979 y de 5 de enero de 1980 (128), según las cuales, «en función de la llamada interpretación»(*sic*), se puede modificar lo acordado por los contratantes para alcanzar «un justo equilibrio de las prestaciones de vendedor y comprador»; en el primer caso se admite el sobreprecio reclamado por la empresa constructora y vendedora de un apartamento y en el segundo se reduce, en cambio, el precio estipulado por haber incumplido el vendedor la obligación de asegurar al comprador la vista sobre el Peñón de Ifach en la bahía de Calpe. Por último, la reciente sentencia de 3 de febrero de 1986 (129) da a entender, *a contrario*, que la equidad es también un criterio que permite, en ciertos casos, rectificar el contrato; se lee en ella, en efecto, que «la equidad es sólo un criterio atemperador de la norma estricta —salvo cuando la ley permita el juicio de equidad—, pero no es extensible a las consecuencias de un contrato válido y eficaz sin resultado exorbitante o contrario a la equivalencia de las prestaciones». Lo que quiere decir que, en caso que tal resultado exista, la equidad permite restablecer el equilibrio, operación que no puede ser otra que la interpretación integradora del contrato con apoyo en el artículo 1.289 del Código civil.

(125) Vid. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pp. 83-85, y LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 25-28.

(126) Cfr. en «CL», núms. 422 y 651, respectivamente.

(127) Cfr. en «Rep. Ar.», núm. 6.068.

(128) Cfr. en «CL», núms. 377 y 4, respectivamente.

(129) Cfr. en «AC», 16, 1986, núm. 385.

Presuposición y riesgo contractual

(Introducción al estudio del riesgo contractual)

JULIO VICENTE GAVIDIA SANCHEZ

Catedrático Interino de Derecho civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION.—1. *Formulación y encuadramiento en la doctrina jurídica alemana.*—2. *Reconstrucción de la teoría de la presuposición.*—3. *Crítica a la teoría de la presuposición.*—II. MARGINACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION Y RECIENTE REVALORIZACION DE LA PRESUPOSICION.—1. *No positivación de la teoría de la presuposición.*—1.1. *El Código civil español de 1888-89.*—1.2. *El Código civil alemán de 1896-1900.*—1.3. *El Código civil italiano de 1942.*—2. *Tendencias revalorizadoras de la presuposición.*—III. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, IRRELEVANCIA DE LOS MOTIVOS Y PRESUPOSICION.—IV. EL RIESGO CONTRACTUAL.—1. *El riesgo contractual en sentido amplio.*—2. *El riesgo contractual en sentido estricto.*—2.1. *Delimitación material del fenómeno.*—2.2. *Delimitación temporal del fenómeno.*—2.3. *Delimitación del fenómeno en función de la estructura del contrato.*—3. *Consideraciones finales.*

INTRODUCCION

Iniciamos con ésta lo que querríamos que fuese una serie de reflexiones relativas al riesgo contractual: la delimitación de su concepto, el estudio detallado de cada uno de los fenómenos que comprende, así como los criterios que determinan su distribución entre los contratantes.

Comenzamos analizando, sin embargo, la teoría de la presuposición de B. Windscheid. Nuestra atención no se dirigió espontáneamente a este punto. Por el contrario, nos fue sugerido por el Profesor Galgano. Fue a comienzos de 1984 cuando, a las pocas semanas de haber llegado a Bolonia con una beca del Real Colegio Mayor de San Clemente de Los Españoles en aquella ciudad, me entrevisté con Galgano, quien me propuso trabajar sobre «la presupposizione», lo cual acepté «volentieri», aunque con el ruego de que me explicara qué era eso. Mi interés por el tema fue aumentando conforme yo me iba documentando, pero, a la vez, se iba desplazando hacia una

cuestión más general, que es la que subyace en aquella teoría: el riesgo contractual. El resultado de aquellas tareas dirigidas por Galgano fue un denso trabajo sobre el riesgo contractual y que, titulado «*Pre-supposizione e rischio contrattuale*», constituyó mi «Tesi di Laurea», defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en julio de 1985.

Dada la amplitud del tema, aquélla no pudo ir más allá del planteamiento de las cuestiones y de la determinación de los criterios o puntos de vista desde los que poder abordar la cuestión del riesgo contractual, así como el estudio de la doctrina y de las normas del Código civil italiano al respecto.

Pues bien, ahora publicamos una parte de aquel trabajo, la que tenía por objeto llegar a poder proporcionar un concepto de riesgo contractual que fuese aceptable a la luz, o a las sombras, de los textos legales y de la crítica a la teoría de Windscheid. Por ello, bien puede decirse que no es el estudio de la teoría de la presuposición lo que constituye la finalidad última de este trabajo, sino, más bien, la delimitación de los fenómenos que cabe englobar en lo que entendemos por riesgo contractual en sentido propio.

Hemos de decir, no obstante, que esta obra no es una mera traducción de una parte de la tesis boloñesa. Hemos desarrollado los planteamientos iniciales, hemos apoyado con nuevos argumentos y nuevos textos las tesis que propugnamos y, también, las hemos matizado. Además, hemos ampliado los materiales a tratar, que ya no son los del Derecho italiano exclusivamente, sino, en general, los que se refieren al riesgo contractual. Con todo, las referencias a la doctrina italiana siguen ocupando un lugar destacado: el que merecen por ser el país en el que parece estar más viva y actual la polémica en torno a la presuposición como criterio de distribución del riesgo contractual.

El primer capítulo de este trabajo está dedicado a la teoría de la presuposición de Windscheid: su formulación y su encuadramiento en la dogmática alemana del siglo pasado. Al fin y al cabo, esta teoría no se comprende si no es a partir de la exaltación del dogma de la voluntad, que Windscheid llevó a sus más radicales consecuencias. Además, puesto que se trata de una abstracción, hemos intentado reconstruir su posible proceso de elaboración. Finalmente, con su crítica pretendemos hacer la de las diversas teorías que, como la de la base del negocio, traen causa directa de aquélla o de las que, como la de la cláusula «*rebus sic stantibus*», tienen también un fundamento voluntarista.

El capítulo segundo está dedicado a lo que ha sido de la teoría de la presuposición. No parece que ésta haya sido positivada, al menos como principio general, en una serie de Códigos hoy vigentes y que fueron elaborados después de su formulación: el español —lo que sobre él decimos es trasladable, «*mutatis mutandis*», al italiano de 1865—, el alemán y el italiano del 42. Sin embargo, recientemente, la presuposición ha sido objeto de una cierta revalorización, aunque desde posiciones muy distintas, al menos en principio, de aquellas desde las que fue formulada.

En el capítulo tercero intentamos dar una explicación de lo que se expuso en el segundo. La razón última del rechazo tradicional, así como de la reciente reivindicación de la presuposición, parece hallarse en la distorsión que ésta introduce en los esquemas de protección de intereses que resultan de la afirmación de una serie de dogmas: la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria («legal») del contrato y la irrelevancia de los motivos.

Finalmente, en el cuarto capítulo proporcionamos una concepción objetiva del riesgo contractual, en función de la estructura del contrato, una vez delimitado material y temporalmente el ámbito que estrictamente le es propio.

Terminamos con una serie de consideraciones sobre el riesgo contractual que, por el momento, no podían dejar de ser generales. Por una parte, son conclusivas de todo lo anterior, pero por otra, plantean unos criterios sobre bases más objetivas, que nos habrán de servir para abordar en ulteriores trabajos el estudio más detallado de los fenómenos que integran el riesgo contractual.

CAPITULO I

LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

1. FORMULACION Y ENCUADRAMIENTO EN LA DOCTRINA JURIDICA ALEMANA

Esta teoría fue enunciada por Bernard Windscheid en el siglo pasado (1), y empleó el término «Voraussetzung», expresión que en la doctrina italiana fue traducida como «presupposizione», de donde ha pasado a nosotros como «presuposición».

Windscheid utilizaba esa expresión para referirse a una condición no expresada («unentwickelte Bedingung»). Esta especie de condición sería una autolimitación de la voluntad («Selbstbeschränkung» o «Willensbeschränkung»), de la misma naturaleza que la condición, pero que no se ha explicitado o desarrollado hasta configurarse como una condición típica (2).

Según este autor, la circunstancia a la que se refería la presuposición podía ser de hecho o de derecho, positiva o negativa, pasada, presente o futura; y podía venir referida a un hecho o a una relación permanente (3).

La presuposición podía resultar también de las circunstancias que hubiesen acompañado la declaración de voluntad, sin que fuesen expresamente manifestadas como queridas. Más precisamente, en las declaraciones de voluntad inter vivos la presuposición podía, para ser relevante, no sólo desprenderse de las circunstancias concomitantes de la declaración, sino que era suficiente que pudiera ser conocida por aquel a cuyo favor había sido emitida la declaración de voluntad (4). Esto significa que para Windscheid era suficiente su cognoscibilidad.

(1) *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. Pero ya antes había tratado la cuestión en *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfte*, 1847, pp. 271-279.

Y después también en *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, del que hemos manejado la 8.ª edición anotada por T. Kipp, Frankfurt, 1900, pp. 435-445.

(2) «Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung (eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist)» (*Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 435 y 437, y también *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 1 y 3).

(3) *Die Lehre...*, *cit.*, p. 10; *Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 438 y 439.

(4) *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 82 y 83; *Lehrbuch...*, *loc. cit.*, pp. 439 y 441.

Por lo que se refiere a la eficacia reconocida a esa figura, Windscheid sostenía que quien manifestara un querer bajo una presuposición querría, al igual que quien emite una declaración de voluntad condicionada, que el efecto jurídico querido llegase a existir y producirse solamente si se diese un cierto estado de relaciones o de circunstancias. Pero como el declarante, por hipótesis, no había llegado a hacer depender la producción del efecto de ese estado de cosas, la consecuencia de ello sería que el efecto jurídico subsistiera y perdurara, no obstante haber venido a menos la presuposición (5).

Ante esta situación Windscheid continuaba su razonamiento afirmando que en estos casos ello no correspondía al verdadero y propio querer del autor de la declaración de voluntad y, por tanto, la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no tendría sustancialmente razón que la justificase. Como consecuencia de ello, aquel que resultase perjudicado por la declaración de voluntad podría defenderse con una excepción contra la reclamación que la otra parte le dirigiese en base a la declaración de voluntad, o bien dirigirse el declarante contra aquel a cuyo favor se hubiese producido el efecto jurídico, mediante una acción dirigida a hacerlo cesar (5 bis).

Por tanto, nos parece evidente que la razón de la relevancia de la presuposición era la de evitar que el efecto jurídico no se correspondiese con el verdadero querer de quien emitiese una declaración de voluntad (6).

Por otra parte, nos interesa hacer ver que esta teoría puede ser encuadrada bajo un doble punto de vista histórico.

Desde una perspectiva espacial y anacrónica, la teoría formulada por Windscheid se inserta en el movimiento dogmático de la pandectística alemana del siglo pasado (7). Este autor debe ser considerado como perteneciente, acaso como uno de los más significativos, al ambiente cultural del que uno de los productos más relevantes fue la teoría del negocio jurídico, entendido como declaración de voluntad explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a generar efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce en cuanto hayan sido queridos (8). En definitiva, aquélla fue una época en que tuvo gran predicamento el dogma de la voluntad individual y Windscheid fue, sin duda, uno de sus sostenedores más convencidos.

Así, según este autor, el negocio jurídico sería una declaración de voluntad privada, que va dirigida a producir un efecto jurídico... Se declara querer que tenga lugar un efecto jurídico y el ordenamiento jurídico hace que ese efecto jurídico tenga lugar en la medida en

(5) *Die Lehre...*, cit., p. 1; *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 438.

(5 bis) *Die Lehre...*, cit., pp. 2-4; *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 438.

(6) *Die Lehre...*, cit., pp. 4-7, 202 y 203.

(7) Vid. LAREZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, 2.^a ed., Madrid, 1980, pp. 48 y ss.; WIEACKER, F.: *Storia del Diritto privato moderno*, traducción de U. Santarelli y S. Fusco, vol. II, Milano, 1980, pp. 144-146.

(8) GALGANO, F.: *Negoziio giuridico (dottrine generali)*, voz en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXVII, 1977, p. 933.

que es querido por el autor del negocio... Y concluye afirmando que el negocio jurídico es la fuerza creadora correspondiente en el campo jurídico a la voluntad privada; la persona ordena y el Derecho se apropia de la orden (9).

He aquí, por tanto, cómo la teoría de la presuposición parece no ser otra cosa que el corolario de las anteriores afirmaciones. Supondría, pues, un intento de garantizar que no existirán divergencias entre los efectos queridos y los efectos que se produzcan en la realidad. Se trataba, pues, de que el ordenamiento jurídico no reconociese efectos no queridos realmente y que sólo hiciese propios aquellos que se correspondiesen con los efectos queridos.

Desde una perspectiva diacrónica la teoría de la presuposición puede ser relacionada o agrupada con otras, formuladas antes y después de ella. Antes, había sido formulada, desarrollada y «olvidada» la de la llamada cláusula «rebus sic stantibus», con la que se había intentado proporcionar un fundamento a la revisión del contrato en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias (10). Después, fueron formuladas algunas teorías repristinadoras de la de la cláusula «rebus sic stantibus» (11), pero, sobre todo, han tenido gran difusión las argumentaciones que hacían referencia a la base o fundamento del negocio («Geschäftsgrundlage») (12).

(9) WINDSCHEID: *Lehrbuch...*, loc. cit., pp. 266-269.

(10) Vid. OSTI, G.: *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, «Rivista di diritto civile», 1912, pp. 1 y ss.

La doctrina de esta cláusula parece tener sus orígenes entre los glosadores. Tuvo un desarrollo importante en la escuela de Derecho natural del seiscientos (Grocio, Pufendorf). No eran extrañas afirmaciones tales como que «nadie contrata para el futuro si no es en ciertas circunstancias, y cuando las circunstancias cambien, los motivos del contrato cambian también» (ESPINOZA, B.: *Tratado político*, trad. de E. Tierno Galván, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 164).

Parece que en el fondo subyacía como criterio de justicia sustancial del contrato el de la equivalencia de las recíprocas prestaciones (aequalitas), entendida en el sentido de equilibrio sinalagmático en el plano económico: «ne plus exigatur quod par est» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. I, Milano, 1980, pp. 449, 450 y 475).

Esta teoría fue recogida en el Allgemeines Landrechts bávaro de 1756 (tít. IV, cap. 15, § 12) y, sucesivamente, en el Allgemeines Landrechts prusiano de 1774 (tít. I, cap. 5, § 378), así como en el Código civil austríaco de 1815 (art. 936, en relación con el precontrato). Sin embargo, los Códigos liberales no acogieron esta doctrina que, a lo largo del ochocientos, permaneció como olvidada.

(11) «Los cambios de circunstancias deben ser tomados en consideración cuando se ha puesto en peligro el fin esencial del contrato, por ejemplo, cuando resulte destruida la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación...». La cláusula rige, aunque ninguno de los contratantes la haya acogido en su voluntad empírica, puesto que no es ésta la que determina las consecuencias jurídicas, sino la voluntad eficaz, más amplia que aquélla; puesto que comprende todo cuanto, pudiendo deducirse de la declaración, sea por ello imputable al declarante (KAUFMANN, E., *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911, p. 107).

La cláusula ha sido también considerada como una suerte de reserva virtual que sería inmanente a la voluntad negocial de las partes, aunque no hubiesen sido conscientes de ello. La cláusula deviene, así, parte del contenido del contrato si una de las partes no la rechaza expresamente, excluyendo la reserva virtual (KRUCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, separata del «Archiv für die Zivilistische Praxis», núm. 116, p. 62).

(12) Ha sido definida como la representación mental de una de las partes en el

Por consiguiente, la teoría de la presuposición puede ser considerada, desde otra perspectiva, como uno de los expedientes con los que la doctrina, sobre todo la alemana, ha tratado de fundamentar la solución a los problemas que se plantean cuando, perfecto el contrato, sobrevienen eventos que determinan alteraciones tales que dejen insatisfechos los intereses o que frustran las expectativas de uno de ambos contratantes.

Si admitimos que éstas son las líneas fundamentales que subyacen en la formulación de la teoría de la presuposición, se deberá concluir que la construcción teórica perfilada por Windscheid no fue, realidad, otra cosa que el resultado lógico de plantearse la cuestión, históricamente presente de manera constante, de la sobrevenida de eventos que alteran las circunstancias en las que fue emitida una declaración de voluntad, desde la óptica del dogma de la voluntad y, al mismo tiempo, es el resultado de elaborar con todo ello una ulterior abstracción.

momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida y no rechazada por la otra parte, o bien como la común representación de las partes sobre la existencia o la sobrevenida de ciertas circunstancias en las que se fundamenta la voluntad negocial (OERTMANN, P., *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37).

Han existido también intentos de coherencia la teoría de la base del negocio y la de la cláusula «*rebus sic stantibus*»:

Así, se ha dicho que la base del negocio está constituida no por las representaciones de las partes, sino por aquellas circunstancias necesarias para alcanzar el objeto o la finalidad del negocio, determinadas por las partes y puestas de manifiesto por el contrato a través de su conducta. Y el objeto o fin del negocio es siempre el de una de las partes que ha pasado a ser parte integrante del contenido del contrato y ha sido admitido por las dos partes (LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, «*Archiv für die Zivilistische Praxis*», 121, pp. 67, 20, 29 y ss. y 74 y ss.).

Se ha intentado también construir una teoría unitaria afirmando que era necesario esperar que el otro contratante, actuando de buena fe, habría admitido que el contrato dependía de ciertas circunstancias o habría debido lealmente admitirlo si se hubiese dado cuenta al concluir el contrato de la inseguridad de estas circunstancias (LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., 1949, p. 221).

Finalmente, ha sido también formulada la distinción entre base subjetiva y base objetiva del negocio. La primera sería una representación mental de ambos contratantes y de la cual se han dejado llevar al concluir el negocio. La segunda sería el conjunto de circunstancias cuya existencia o subsistencia habría sido objetivamente necesaria para que el negocio, según las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como reglamento dotado de sentido. Así, la base objetiva desaparecerá en dos casos: primero, cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que resulta del negocio haya quedado destruido en una medida tal que no sea ya posible razonablemente hablar de una contraprestación, y segunda, cuando el común fin objetivo del contrato, expresado en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aunque la prestación del deudor sea todavía posible (LARENZ, K., *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción de C. Fernández Rodríguez, Madrid, 1956, pp. 95, 96, 170, 224 y 225).

2. RECONSTRUCCION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

Una vez encuadrada en una adecuada perspectiva histórica, podemos intentar un análisis que nos permita ver cómo pudo ser elaborada o construida.

Pensamos que es necesario poner de relieve que el carácter abstracto de dicha teoría obedece al intento de presentar como una consecuencia lógica o natural aquello que, por el contrario, es el resultado de una precisa elección entre las diversas soluciones posibles. Esta afirmación está necesitada de ulteriores precisiones.

Sin pretender por nuestra parte excluir la originalidad de la construcción windscheidiana, hemos de llamar la atención sobre el dato de que ya antes de que aquélla fuese formulada no era extraño acudir a expedientes parecidos al de la «unentwickelte Bedingung» para explicar ciertos fenómenos. Así, ya Domat se refería a la existencia de una condición presunta para explicar la regla de la revocación de donaciones por sobreveniencia de hijos (13). Curiosamente, Pothier explicaba esa regla en base a una disposición secreta de la voluntad, relevante como una condición implícita (14).

Quizá, pues, la originalidad de Windscheid consistiese en la generalización de esa explicación a otros supuestos en los que fuese posible hablar de condiciones tácitas o presuntas (15), mediante la formulación de una teoría que por su abstracción pudiese comprender a todos ellos. Con esto no queremos afirmar que el punto de partida en la elaboración de la teoría de la presuposición fuese la revocación de la donación por sobreveniencia de hijos del donante, sino que la existencia de condiciones tácitas o presuntas ya había sido empleada anteriormente para explicar ciertos fenómenos que, después de la formulación de la teoría de la presuposición no será difícil considerar como aplicaciones de ella. Por nuestra parte, consideramos que es bastante probable que el fenómeno que tuvo a la vista, el que le proporcionó la base para construir su teoría, fue el del error.

Lo que, en cualquier caso, parece bastante claro es que los fundamentos históricos de la teoría de la presuposición (15 bis) serían sólo

(13) «Si après une donation faite par une personne qui n'a point d'enfans, il lui survient, la donation demeure nulle, par la présomption que celui qui donnoit, n'ayant point d'enfans, n'auroit pas donné, s'il en avoit en, et qu'il ne donnoit que sous cette condition; que s'il venoit à avoir des enfans, la donation seroit sans effet» (DOMAT, J., *Lex loix civiles dans leur Ordre naturel*, «Des Donations», tomo I, París, 1777, art. XV, secc. III, p. 179).

(14) «La raison de notre jurisprudence est qu'on doit supposer dans le donateur qui n'a pas d'enfans, une disposition secrète de volonté de ne pas donner s'il en avoit: d'où il suit que les donations doivent être censées faites sans la condition implicite que le donateur n'aura pas d'enfans» (POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, tomo I, París, 1845, p. 382).

(15) Por ejemplo, nuevamente Domat explicaba en clave condicional la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos en la cosa vendida (DOMAT, *op. cit.*, tít. II, secc. X, libro III, p. 77).

(15 bis) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, *cit.*, pp. 41-80.

a duras penas reconducibles al Derecho romano (16), en el que, si bien es posible ver empleadas las expresiones «conditio», «causa» y «modus» (17), no parece que pueda obtenerse por generalización la aceptación de una doctrina tan abstracta, tal alejada de los casos, como es la de la presuposición. Estaríamos otra vez, parece ser, ante una referencia al Derecho romano que sería no tanto inspiradora cuanto legitimadora a posteriori de una construcción doctrinal.

Para intentar, en la medida de lo posible, reconstruir la elaboración de la teoría de la presuposición habría que tener en cuenta, en primer lugar, la constante distinción que Windscheid recoge y sostiene entre la llamada voluntad real o verdadera («der eigentliche Wille»), que sería la que corresponde a los intereses y expectativas del declarante, y la voluntad declarada («der wirkliche Wille»), que es la que resulta del negocio. Pues bien, la primera, permaneciendo oculta en el interior de la declaración, actuaría subordinando la eficacia de la declaración a la existencia de las circunstancias que hubiesen constituido el presupuesto de la voluntad declarada (18).

En segundo lugar, consideramos que para reconstruir el proceso de elaboración de esta teoría habría que tener en cuenta la concepción de Windscheid —en general, la de la dogmática alemana del XIX— acerca del error. Según este autor, el error, como motivo de la voluntad declarada, es el defecto de la verdadera idea del estado de cosas tenido en cuenta al emitir la declaración (19). El error obstativo sería, a su vez, la divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva o real; aquí no es el error la causa de la invalidez de la declaración de voluntad, sino más bien el no corresponder a la declaración una voluntad efectiva, no siendo en este caso el error otra cosa que el motivo por el que algo no querido realmente ha sido declarado como querido (20).

Si recordamos la conceptualización del negocio jurídico que propugnaba el mismo autor, así como sus referencias a la fuerza creadora de la voluntad y al papel del ordenamiento jurídico como instrumento de la voluntad, concluiremos sin dificultad que el fundamento de la relevancia del error no podía ser otro que la no coincidencia entre los efectos realmente queridos (error en la declaración) o que hubieran sido realmente queridos de haber captado certeramente la realidad (error en los motivos) y los efectos realmente producidos por la declaración de voluntad. En la medida en que estos efectos no fuesen queridos no deberían ser reconocidos e impuestos por el ordenamiento jurídico (21).

(16) FADDA, C., y BENZA, P. E.: *Notas al Derecho de Pandectas de Windscheid*, en el vol. IV de la edición italiana, Torino, 1926, pp. 561 y 562.

(17) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., *últ. loc. cit.*

(18) Vid. BESSONE, M.: *Adempimento e virchio contrattuale*, Milano, 1969, p. 59.

(19) *Lehrbuch...*, loc. cit., p. 343.

(20) *Ult. op. cit.*, loc. cit., p. 329.

(21) El fundamento de la ineficacia de la declaración de voluntad en caso de error no está, según Windscheid, en el error en sí mismo, sino en que, como consecuencia de él, haya sido declarada una voluntad que sin el error no habría sido declarada,

Ahora, tal vez, podemos preguntarnos qué añadía la teoría de la presuposición a la del error. La respuesta bien podría ser la siguiente: lograr, mediante su abstracción, acoger veladamente y sin mencionarla a la de la cláusula «rebus sic stantibus» (22), y someter a ambas, como si fuesen especies pertenecientes a un mismo género, a la consideración de supuestos de no correspondencia entre efectos queridos y efectos realmente producidos por la declaración de voluntad.

Con la elaboración de la teoría de la presuposición se evitaba que el efecto jurídico pudiese producirse en forma tal que no se correspondiese con el verdadero querer del autor de la declaración de voluntad (23). He aquí cómo se distinguía entre efecto jurídico querido y verdadero querer, esto es, entre efecto de la declaración de voluntad y efecto realmente querido. He aquí también cómo la razón de la relevancia de la presuposición coincidía con el fundamento de la relevancia del error, entendido como divergencia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad real (24). A nuestro modo de ver, esto nos muestra cómo la teoría de la presuposición no suponía sino un grado más elevado en una abstracción que parece tener su base en la teoría del error.

Más precisamente, si tenemos en cuenta que la inadecuada representación de la realidad pasada o presente, o la no correspondencia entre voluntad declarada y voluntad real había sido reconducida al error como vicio de la voluntad (25), lo que se introducía como novedad era referir al mismo punto —la voluntad y la divergencia entre efectos queridos y efectos realmente producidos— la sobrevenida a la emisión de la declaración de voluntad o, incluso, a la formación de esa voluntad, en función del grado de subjetivación que se desee, de circunstancias que frustran las expectativas o que determinan la insatisfacción de los intereses de una de las partes.

Es más, en realidad, con el recurso a la cláusula «rebus sic stantibus» ya también se había buscado situar la justificación de la relevancia de la sobrevenida de circunstancias en una pretendida cláusula contractual presunta, en definitiva, en la voluntad (26).

una voluntad que, a pesar de ser la declarada, no es la real o propia (*Die Lehre...*, cit., p. 5).

(22) Recordemos que la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», considerada contraria a las exigencias de certeza y seguridad en el desenvolvimiento de los negocios, había sido abandonada por los codificadores latinos del ochocientos (*vid.* nota 10).

(23) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., pp. 2, 3, 202 y 203.

(24) *Vid.* WINDSCHEID: *últ. op. cit.*, pp. 4-7; *Lehrbuch...*, loc. cit., pp. 329 y 343, con citas de Savigny.

(25) La consideración misma del error como vicio de la voluntad y como causa de invalidez es manifestación de la idea de un poder de autoobligarse, perteneciente a la voluntad individual como fuente primaria de la obligación (GORLA, G.: *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, en «Il Diritto privato nella società moderna», a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 281).

(26) Son interesantes al respecto las técnicas anglosajonas del «common mistake», «implied term» e «implication of condition», para resolver las cuestiones relativas a la sobrevenida de circunstancias alteradoras de la composición de intereses que resulta del contrato (*vid.* BESSONE, *op. cit.*, pp. 121 y ss. y 178 y ss.; DAVID, R., *con*

Por consiguiente, quizá, lo que Windscheid añadió fue, de una parte, la ubicación de la sobreveniencia dentro del fenómeno más general y abstracto de la no correspondencia entre los efectos queridos y los realmente producidos por la declaración de voluntad, al lado de otros como el error (27). De otra parte, encontró el expediente a través del cual se conseguía dar apariencia de naturalidad, esto es, de rigor lógico, a su construcción dogmática: la condición no expresada o presupuesta. A nuestro modo de ver, la utilización de este instrumento fue el recurso necesario para que la abstracción a la que se pretendía llegar con la teoría de la presuposición pudiera salvar su coherencia interna y externa. Expliquémonos.

Como ya hemos dicho, consideramos altamente probable que la teoría elaborada por Windscheid tuviese su punto de partida en la del error como causa de invalidez de la declaración de voluntad, que por abstracción fue extendida hasta comprender los supuestos de sobreveniencia de circunstancias que alteran la situación existente al tiempo de la declaración. Pues bien, si el fundamento de la relevancia del error es la divergencia entre los efectos queridos y los realmente producidos, debida a la inadecuada representación de la realidad pasada o presente al tiempo de la formación de la voluntad, o la no correspondencia entre la voluntad interna o real y la declarada, el fundamento de la relevancia de la sobreveniencia de circunstancias que defraudan las expectativas de una parte podía y debía ser la no correspondencia entre las representaciones mentales de la realidad futura (las previsiones) y la situación existente al tiempo de la ejecución del negocio o, mejor, de la prestación aplazada, periódica o continuada.

Pues bien, si es posible tratar de conocer adecuadamente la realidad exterior e, incluso, fijarla, no resulta nada fácil, por no decir imposible, identificar la representación que de ella se hicieron las personas, de manera que no es posible disponer con certeza de los dos términos de la comparación de correspondencia o divergencia que exige la teoría de la presuposición. Por el contrario, al observar la realidad se verá, todo lo más, una cierta configuración de la misma como resultado de las más variadas circunstancias pasadas o presentes, así como una declaración de voluntad expresa o un cierto comportamiento y, finalmente, un dato normativo que regula la situación resultante de los dos elementos anteriores.

Pues bien, lo que Windscheid hizo fue atribuir relevancia a otro elemento, la llamada condición no expresada o presupuesta, en que consiste la presuposición. Ello era tanto como establecer que no sólo se trataba de encontrar y determinar la voluntad declarada, sino también otra: la no manifestada, pero que no por ello era menos real;

la colaboración de GRIVART KERSTRAT, F., *Les contrats en droit anglais*, París, 1973, pp. 332 y ss.)

(27) Esa relación entre error en los motivos y cláusula «rebus sic stantibus» aparecía de forma explícita en algún pasaje de la exposición de motivos del proyecto de Código civil alemán elaborado por la primera comisión redactora (vid. FADDA y BENSA, *loc. cit.*, p. 564).

es más, ésta era la verdadera voluntad, coincidiese o no con la declarada, siempre que hubiese sido formada de acuerdo con una adecuada representación de la realidad. Y es precisamente aquí donde se ponen de manifiesto ciertas contradicciones: atribuir relevancia a la presuposición de circunstancias futuras cuando las sobrevenidas frustran las expectativas del autor de la declaración, aun cuando no hubiesen sido expresadas en la declaración de voluntad, suponía en realidad la quiebra del dogma de la irrelevancia de los motivos no elevados a condición de la declaración. Por esto era preciso recurrir a un expediente que evitase esta posible objeción, y fue hallado, creemos, en la teoría del error, cuya relevancia no parecía estar sujeta a discusión.

En el error, si el fundamento de su relevancia como causa de invalidez de la declaración de voluntad era la inadecuada representación de la realidad pasada o presente en el proceso de formación de la voluntad negocial, o bien la no correspondencia entre lo querido y lo declarado, tales divergencias debían ser probadas. La prueba del error debe ser proporcionada, lógicamente, haciendo referencia al comportamiento del declarante y a la situación existente al tiempo de la declaración. Una vez acreditado este extremo se dirá que los efectos de la declaración no deberán ser acogidos ni mantenidos por el ordenamiento jurídico porque no se corresponden a los queridos en realidad, esto es, a los que hubieran sido queridos si —aquí estamos ya ante un discurso condicional— el declarante hubiera logrado representarse adecuadamente la realidad o si hubiese declarado lo que realmente quería manifestar.

El siguiente paso en la elaboración de la abstracción está constituido por la afirmación de que el declarante había manifestado su querer sometiéndolo a la condición, ciertamente, no expresada de que los efectos de la declaración correspondiesen a los que él se había representado —así, se abarca también el error obstativo—, los cuales, a su vez, debían concordar con los intereses reales del declarante —así, se abarca el error en los motivos como vicio de la voluntad.

El paso definitivo hacia la abstracción está constituido por la extensión de esa argumentación a todos los casos en los que la alteración de circunstancias determine que los efectos materiales realmente producidos por la declaración de voluntad no se correspondan con los queridos y previstos, como puede también suceder en los casos de sobreveniencia de circunstancias desfavorables.

El discurso que hemos desarrollado en relación al error no debe ser considerado como excluyente de otras posibilidades, de otros posibles puntos de partida. Concretamente, estamos pensando en la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos y, sobre todo, por la falta de cualidades de la cosa vendida. Si la cosa ha de reunir no sólo las cualidades prometidas por el vendedor o, si no hay tales promesas, las requeridas para el uso al que normalmente está destinada, sino también las necesarias para el uso al que el comprador ha previsto destinarla, se estaría ante un supuesto de relevancia de una condición presupuesta: la compra sólo seguirá siendo eficaz si la cosa ven-

didada resulta apta para el uso al que el comprador ha previsto destinarla, aunque no haya recaído el acuerdo del vendedor. El comprador sólo quería, se dirá, adquirir la cosa en la medida en que pudiera servirse de ella conforme a sus previsiones.

Pues bien Windscheid decía que el vendedor debe entregar la cosa vendida con la calidad expresamente prometida o con las que el comprador, según las circunstancias, podía esperar, de modo que éstas deban considerarse como tácitamente convenidas (28).

Parece que estamos, ahora, ante una suerte de presuposición común a ambas partes o, mejor, de unas garantías que el comprador podía entender otorgadas por el vendedor por resultar de las circunstancias que debieron ser contempladas por éste. Esto sería lo más coherente con la formulación en abstracto de la teoría de la presuposición: el comprador sólo querría seguir vinculado por el contrato de compraventa si la cosa comprada reuniese no sólo las cualidades expresamente prometidas y garantizadas, sino también las que él puede considerar, en base a las circunstancias, como tácitamente prometidas. Las cualidades tácitamente prometidas pueden ser no sólo las necesarias para el uso normal, esto es, al que la cosa está natural o más frecuentemente destinada, sino también otros que suponen una destinación específica. Respecto de ésta, si de las circunstancias resultase que el comprador podía esperar que el vendedor la hubiese contemplado también o si estuviese al corriente de las intenciones del adquirente, se debería considerar como tácitamente garantizada la aptitud de la cosa para esa destinación específica.

Puesta de manifiesto la relación entre lo que sería la teoría general de la presuposición y la responsabilidad del vendedor por la falta de cualidades de la cosa vendida como una de sus aplicaciones, lo que no podemos hacer es, con los materiales que hemos podido manejar, aventurar si lo que parece no ser más que una aplicación especial de la teoría de la presuposición en general es, además o más bien, uno de los puntos de partida en la elaboración de aquélla.

Este posible proceso de elaboración que hemos propuesto y descrito es, pues, el que teóricamente corresponde al método dogmático de la jurisprudencia de conceptos. Según éste, se partiría de conceptos fundamentales —elaborados, normalmente, a partir de fuentes romanas— y de ellos se derivarían otros más específicos que irían concretando cada vez más al concepto abstracto fundamental, dando así lugar a la pirámide de conceptos (29). Nuestra te-

(28) WINDSCHEID: *Lehrbuch...*, cit., vol. II, p. 652; *Die Lehre...*, cit., pp. 116-119.

(29) Fue Puchta quien encaminó la ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una pirámide de conceptos y, de este modo, decidió su evolución hacia la jurisprudencia de conceptos. Lo que Puchta denominaba genealogía de conceptos (*Cursus der Institutionen*, I, pp. 36 y 101), no era otra cosa que la pirámide de conceptos del sistema construido según las reglas de la lógica formal. La opinión de Puchta es que cada concepto superior permite determinados enunciados; ahora bien, al subsumir el concepto inferior en el superior, valen para él forzosamente todos los enunciados que se hubieran hecho del concepto superior. Este concepto tiene

sis es la de que, al menos en la presuposición, del mismo modo que primera en el tiempo fue la elaboración de la categoría del contrato como un concepto unitario y abstracto y después lo fue la del negocio jurídico, primero fue la teoría del error, la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos de cualidad de la cosa vendida, la revocación de donaciones por sobreveniencia de hijos del donante, etc., y, sólo después y, probablemente, a partir de ellos, fue elaborada la teoría de la presuposición y no al revés (30). A la posible derivación «lógica y natural» de la teoría de la presuposición a partir de la del negocio jurídico nos referiremos en el capítulo III.

Volviendo a la teoría del error como el posible punto de partida más próximo en la elaboración de la de la presuposición, nuestra tesis anteriormente expuesta queda reforzada por el hecho de que, según Windscheid, la prueba de la presuposición se obtenía atendiendo a las circunstancias concomitantes a la declaración de voluntad (31). Mantener esta afirmación, también en relación a la presuposición de eventos futuros, nos abona en nuestra idea acerca de los que el autor citado tenía delante cuando formulaba su teoría: fundamentalmente, el error, cuya prueba ha de ser suministrada atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de la declaración pretendidamente errónea.

Por consiguiente, parece que fue así como Windscheid, a través de la figura de la condición presupuesta, trató de abarcar también la cuestión de la relevancia o irrelevancia de las circunstancias cuya sobreveniencia determinase una divergencia no querida ni prevista entre efectos materiales —ganancias o pérdidas, en definitiva— queridos o previstos y los efectos materiales realmente producidos, reafirmando así el dogma de la voluntad.

De todas formas, lo más interesante de su construcción es el expediente que le permitió compatibilizar este dogma con otro: el de la irrelevancia de los motivos Windscheid no habló de motivo inexpreso, sino de condición no manifestada. Esta figura le permitió alcanzar un triple objetivo: primero, mantener la coherencia interna de la abstracción que supone la teoría de la presuposición, dado que el ele-

que tener un contenido, si es que de él se ha de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario, todo sería un círculo vicioso (LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 40-42).

Así pues, según Puchta, la legitimidad de toda máxima jurídica se funda exclusivamente sobre su precisión sistemática, sobre su veracidad lógica y su racionalidad; la producción jurídica no es otra cosa que desarrollo por derivación conceptual (WIEACKER, *loc. cit.*, p. 81).

(30) Windscheid prosigue, en el fondo, la línea de Puchta, si bien con un giro, típico de él y de su tiempo, hacia el psicologismo. Para él, el Derecho es más que una suma de imperativos, es también una conexión objetiva de sentido, de la que puede derivarse, por medio de conclusiones deductivas —en especial, por medio de conclusiones analógicas—, el eslabón intermedio que falta. En realidad, detrás de esto está la idea de la racionalidad inmanente del Derecho como un organismo espiritual, de un todo objetivo con sentido, en la medida en que esta idea se ajusta al psicologismo y al positivismo legal de Windscheid (LARENZ, *últ. loc. cit.*, pp. 48 y 50).

(31) WINDSCHEID: *Die Lehre...*, cit., pp. 82 y 83; *Lehrbuch...*, cit., vol. I, p. 441.

mento común, si no el único, que hay entre el error y la sobreveniencia de circunstancias no previstas no es otro que la existencia de aquella condición presupuesta; segundo, insertando así ambos fenómenos, como si fuese una consecuencia lógica y natural, en la más abstracta categoría de la presuposición, parece como si todo ello no fuese otra cosa que el resultado de extraer de la teoría del negocio jurídico sus consecuencias lógicas y naturales, reafirmando de este modo el dogma de la voluntad; y tercero, hablando en términos de condición no ponía en duda el dogma de la irrelevancia de los motivos.

He aquí, pues, las razones objetivas, conscientes o no, del empleo de la expresión «*unentwickelte Bedingung*»: gracias al término condición se daba relieve a la voluntad, intentando a la vez excluir los meros motivos individuales; añadiendo que esa condición no se había expresado se podía abstraer la disciplina del error y hacer, así, de éste y de la sobreveniencia de circunstancias no previstas, dos especies del mismo género: la presuposición. Fue así como Windscheid presentó una solución, por así decir, psicologista y, en definitiva, voluntarista para el fenómeno de la sobreveniencia, como una consecuencia o deducción lógica del sistema. Y, así proporcionaba la confirmación de que la voluntad individual llevaba en sí misma los elementos o la fuerza suficientes para proporcionar la regla a seguir, como si fuese una fuente inagotable de la que recabar los criterios para decidir la suerte de los efectos de las operaciones económicas, cuando las circunstancias en las que debía procederse a la ejecución del acto o contrato no fuesen las que permitiesen satisfacer los intereses de ambas partes.

En otras palabras, con esta teoría resultaba transformada una cuestión de riesgo contractual, como es la de la sobreveniencia de circunstancias que defraudan las expectativas de las partes, en otra cuestión: la no correspondencia entre voluntad y realidad, haciendo de la no realización de la llamada condición presupuesta una suerte de vicio de la voluntad. Además, esas circunstancias no eran solamente las posteriores a la emisión de la declaración de voluntad, sino también las anteriores o coetáneas, de tal manera que pareciese lógico que, del mismo modo que en el error no se plantea otra cuestión que la divergencia entre voluntad real y voluntad declarada o entre realidad presente o pasada y su representación, la sobreveniencia de circunstancias que determinan la insatisfacción de los intereses de una de las partes no sería otra cosa que una voluntad formada como consecuencia de inadecuadas representaciones de la realidad futura, esto es, la falta de correspondencia entre los efectos de la declaración y los realmente queridos.

Por consiguiente, considerar como un mismo problema —divergencia entre efectos realmente queridos y los efectivamente producidos, no realización de la voluntad...— cuestiones tan diversas entre sí como el error y la sobreveniencia quizá no era otra cosa que el resultado lógico al que parecía conducir el modo de pensar dogmático en una época de máxima exaltación del dogma de la voluntad.

De todas formas, como intentaremos mostrar en páginas posterior-

res, detrás de esta construcción dogmática es posible encontrar una selección —intencionada o no, poco importa hoy— de intereses que estaban en contraste también en la época de su formulación, selección e intereses que acabarán determinando, entendemos, el rechazo de la teoría de la presuposición como criterio de distribución del riesgo contractual. A explicar y fundamentar esta idea dedicamos el resto de nuestro estudio sobre la presuposición.

3. CRITICA A LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

Estamos ahora en grado de afirmar que teorías como la de la presuposición, de la cláusula «*rebus sic stantibus*», de la base o fundamento del negocio, no supusieron sino intentos de referir a la voluntad la producción o la cesación de los efectos jurídicos del negocio realizado. Es decir, se consideraba, como ya hemos visto, que las declaraciones de voluntad producían efectos jurídicos sólo en la medida en que fuesen queridos y, por ello, debían ser referidos a la voluntad como instancia legitimadora tanto de la producción como de la cesación de los efectos jurídicos. Esto, quizá, pueda explicar por qué se recurría a expedientes como el de la cláusula presunta, la condición presupuesta o las comunes representaciones mentales: son diversos instrumentos que se insertan en un mismo discurso voluntarista.

Dentro de este marco general del voluntarismo subjetivista la teoría de la presuposición presenta como caracteres específicos bien su mayor grado de abstracción y una mayor carga de psicologismo frente a la teoría de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (32), bien el instrumento utilizado para su formulación: la condición presupuesta. A nuestro entender, esta perspectiva voluntarista no logra dar explicación suficiente de la realidad y, al final, se resuelve en una suma de ficciones. Veámoslo.

En la realidad de los fenómenos económicos más que negocios jurídicos o, incluso, que contratos hay operaciones económicas que tienen por objeto el intercambio de bienes o la prestación de servicios y, además, hay normas jurídicas que establecen cuándo los efectos de esas operaciones —el intercambio o la prestación de servicios— serán obligatorios o reconocidos por el ordenamiento jurídico, disciplinando su modo de llevarse a cabo e, incluso, partes de su contenido. Y estas normas pueden actuar directa o indirectamente remitiéndose en un ámbito más o menos amplio a las reglas establecidas de forma más o menos libre por las partes (33).

(32) Mientras la primera se refería a cualquier circunstancia pasada, presente o futura, la segunda sólo se refiere a los eventos futuros.

(33) «La voluntad del promitente determina, junto a otros elementos, la situación a la que la ley, en el interés del promisorio o también en interés social por el mantenimiento de ciertas promesas, liga el nacimiento de un vínculo jurídico mediante la sanción. He ahí la verdad. Pero esto ha sido pesentado en el sentido de que la voluntad del promitente, como ejercicio de un pretendido poder propio de autodeterminar la

En esta situación, referir a la voluntad cuanto suceda en los procesos económicos de intercambio de bienes o de prestación de servicios es tanto como pretender describir todo el fenómeno en función de una sola de sus partes. También en los casos en que la ley consiente un amplio margen configurador a la voluntad de las partes, de modo tal que aparezca ser éste el elemento que rige la operación económica, es la ley la instancia justificadora en definitiva del resultado económico porque ésta es la que reconoce o no los efectos de la disposición emanada de las partes. La conclusión no puede ser otra que afirmar que la autonomía de la voluntad y su poder de dirección de la operación económica son un *posterius* respecto al imperio o soberanía de la ley, de modo que el mayor o menor ámbito reconocido por ésta a aquélla no desvirtúa tal afirmación.

Así las cosas, discurrir en términos de presuposición en los casos de no correspondencia entre efectos previstos y efectos realmente producidos no es sino disfrazar una realidad bien diversa.

De una parte, se oculta la realidad económica. Esto es, al concluir un negocio las partes no tienen una comunidad de intereses, sino que tienen, más bien, intereses contrapuestos: cada uno trata de recibir más de cuanto cree dar, o de dar lo menos posible para obtener el máximo posible. Así, es difícil encontrar supuestos en los que una misma circunstancia pueda frustrar las expectativas de todas las partes. Es más, en la mayor parte de los casos una menor ganancia o ventaja para una de ellas comportará una ganancia adicional para la otra, o bien una parte sufrirá una pérdida total y la otra retendrá todo el beneficio en sus manos. Por esto, hablar de representaciones mentales comunes o de presupuestos comunes a las partes no resulta explicativo de lo que sucede en la realidad. Resultaría más acertado partir de que cada cual trata de recibir cuanto le permita obtener una utilidad mayor de la que podría obtener de conservar lo que da, pues en otro caso no se molestaría en contratar. Cuando realmente sean comunes los intereses insatisfechos por el devenir posterior de la circunstancia las partes no tendrán problema alguno en proceder de común acuerdo a la disolución de la relación obligatoria (34).

propia situación jurídica o de autoobligarse, determina o crea, aunque sólo sea mediamente, aquel vínculo. Y he aquí el equívoco en el que, por lo demás, es fácil caer. Se trata, pues, de la confusión entre la idea de que la voluntad del promitente ha creado la situación de la promesa, a la que la ley liga, por las mencionadas razones, el nacimiento del vínculo y, de otra parte, la idea de que la voluntad ha creado el vínculo, aunque sólo sea mediamente, esto es, mediante el reconocimiento por parte de la ley de un pretendido poder de autoobligarse» (GORLA, *op. cit.*, p. 274).

(34) «No es realista considerar como hipótesis general el caso de presunciones comunes porque del mismo modo que son antagónicos los intereses que cada parte quiere realizar con el contrato, del mismo modo son diversas las circunstancias que constituyen presupuestos de la propuesta y las presupuestas por la aceptación... Las excepciones existen, pero en tal caso no se plantea cuestión alguna de presuposición... si realmente ambos contratantes partían de las mismas presuposiciones, defraudadas por la sobrevenida de circunstancias que alteran gravemente la economía del negocio, no existirá de hecho controversia alguna, porque será inmediato el acuerdo sobre la necesidad de proceder a una resolución consensual o bien a una revisión de sus términos»

De otra parte, discurrir en términos de condición presupuesta o de cláusulas presuntas supone querer ver fenómenos que pueden no corresponder a la realidad por tratarse, más bien, de ficciones. Es decir, cuando al concluir un negocio las partes no han previsto qué deba suceder con la relación establecida entre ellas en caso de sobrevenida de eventos que desequilibren, alterándolo gravemente, el arreglo de intereses alcanzado, esta falta de previsión puede explicarse, con el sentido común, por la concurrencia de alguna de estas causas:

En primer lugar, porque no repararon en la posibilidad de que sobreviniesen tales cambios, ya sea porque eran altamente improbables, ya porque la parte después perjudicada no actuó diligentemente.

En segundo lugar, otra posibilidad es que si bien las partes tuvieron presente la posible realización de eventos gravemente alteradores del arreglo de intereses alcanzado, no quisieron expresar o pactar una regla *ad hoc*, precisamente porque cada una confiaba en sus propias previsiones, según las cuales podría haber obtenido un cierto beneficio teniendo en cuenta los términos en los que el negocio había sido concluido, si las cosas hubiesen evolucionado en el sentido previsto.

En tercer lugar, podría haber ocurrido que la parte que podía resultar perjudicada a causa del evento sobrevenido no se hallase en condiciones de asegurarse de la otra el otorgamiento de una garantía frente a ese riesgo, el cual pudo no sólo ser contemplado para sí por ambos, sino, incluso, haber sido objeto de discusiones o de negociaciones infructuosas para la parte negativamente afectada por ese riesgo.

Por tanto, hablar de efectos queridos y conseguidos o no, es tanto como prescindir de una realidad en la que es posible que no haya existido previsión alguna o que, si bien existió tal previsión, no haya logrado una manifestación expresa por las razones más diversas: negligencia, confianza en las propias especulaciones, debilidad económica... Pensamos, por consiguiente, que referirse a la voluntad como instancia legitimadora del reconocimiento por el ordenamiento jurídico de ciertos efectos —los queridos— y de la cesación de otros —los no queridos— no es otra cosa que una ficción, pues se prescinde completamente de la realidad.

Además, estas ficciones son peligrosas, pues pueden conducir a resultados arbitrarios o injustos. Consideramos que son, fundamentalmente, dos los peligros que pueden desprenderse de tales argumentaciones: la inseguridad de tráfico y la irracionalidad más arbitraria en la distribución del riesgo contractual.

Inseguridad en los negocios porque la consolidación o no de sus efectos se hace depender de inciertas e inseguras indagaciones sobre expectativas ocultas. Este tipo de indagaciones tendría unos resultados prácticamente imprevisibles a causa de la inmaterialidad de su

(BESSONE, M., *La finzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza*, «Rivista di Diritto commerciale», 1979, I, p. 358; *idem*, *Adempimento...*, *cit.*, pp. 308 y ss.).

objeto. Además, mantener y afirmar el dogma de la irrelevancia de los motivos y, al mismo tiempo, reconocer relevancia a la presuposición o a cláusulas consideradas sobreentendidas o a representaciones mentales sería tanto como, por un lado, asumir los defectos de tal dogma —la estrechez en la selección de las circunstancias relevantes en la marcha de las relaciones económicas y, por otro, renunciar a sus posibles ventajas— la seguridad del comercio y la previsibilidad del resultado de las operaciones económicas. En línea de principio, basta conocer los términos en los que se va a concluir un negocio, así como la evolución posterior de las circunstancias que sobre él pueden incidir, para poder hacer los cálculos económicos en orden a decidir su carácter ventajoso o desventajoso. Si a esos dos elementos añadimos otro consistente en los cálculos, expectativas o intereses de la contraparte, aunque no hayan quedado garantizados expresamente, para poder prever si los efectos de la operación serán reconocidos o no por el ordenamiento jurídico, los contratos no serían sino meras declaraciones de intenciones, pues estarían condicionados en su eficacia a la realización de las expectativas y a la satisfacción de los propios intereses, aunque aquéllos o éstos no se desprendan de los términos expresos en que fue concluida la operación.

Y también arbitrariedad en la distribución del riesgo contractual, por cuanto la aceptación de los criterios voluntaristas llevaría siempre a hacer referencia a la voluntad de una de las partes y, por tanto, a sus propios intereses, olvidando así los de la otra. Camuflar la realidad económica con construcciones teóricas como la del negocio jurídico, afirmando que lo que hay son declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos puede hacer más creíble que exista una voluntad común y una comunidad de intereses. Por el contrario, el mundo de los negocios está regido e impulsado por la confrontación de intereses, como se ve en la más típica de las operaciones económicas: el cambio de cosa por dinero. En ella, quien da la cosa lo hace procurando obtener la mayor cantidad de dinero posible, para emplearlo de modo tal que pueda recabar una utilidad superior a la que habría obtenido de la detentación de la cosa en propiedad; y quien da el dinero procura desembolsar la menor cantidad posible y poder usar de la cosa o retransferirla en condiciones más ventajosas. Con esto queremos decir que las partes de un negocio actúan según criterios de realización de valores de cambio o de uso de los bienes de la manera más ventajosa posible para cada una de ellas. Es por esto por lo que cuando se atribuye relevancia a presuposiciones o representaciones mentales no se hace otra cosa sino establecer que el riesgo de no realización de circunstancias presupuestas o contempladas por una parte recaiga sobre la contraparte. Esta afirmación no resulta desmentida por el hecho de que las presuposiciones o representaciones mentales de una parte sean reconocibles, conocidas, comunicadas o, incluso, discutidas con la otra parte, pues de ello no se deriva que exista comunidad de intereses. Si no la hay estaremos ante una situación de distribución arbitraria del riesgo; y si, realmente, la hay

las partes no encontrarán dificultad alguna en ponerse de acuerdo para poner fin a la relación obligatoria (35).

Por consiguiente, en realidad, lo que sucede es que admitir la teoría de la presuposición comporta desmentir la fuerza obligatoria reconocida por el ordenamiento jurídico al contrato, como intentamos hacer ver en el capítulo III. Ahora basta, quizá, con decir que ese reconocimiento tiene dos sentidos. En sentido positivo significa que los contratantes se obligan a todo aquello que resulta del contenido del contrato, teniendo en cuenta las diversas fuentes de integración del reglamento contractual y de su interpretación. En sentido negativo permite considerar irrelevantes todas las circunstancias, intereses o expectativas no deducibles de su contenido mediante la interpretación (36). Pues bien, sería este segundo aspecto el que vendría a menos con la teoría de la presuposición, ya que comportaría atribuir relevancia a circunstancias, expectativas o intereses no reflejados en él, con la consiguiente inseguridad para el comercio jurídico (37).

En definitiva, como se desprende de la reconstrucción que hemos hecho de la teoría de la presuposición, la elaboración de una abstracción a partir, fundamentalmente, de la teoría del error, comporta una manipulación aparentemente lógica (38), que nos permite sospechar

(35) «... los obiter dicta de las sentencias que hablan de presuposiciones comunes son una ficción que disimula el objeto de las controversias: ante los casos de la práctica el Juez no puede, de hecho, hacer otra cosa que constatar que el pretendido fin sustancial del contrato, indicado como presuposiciones comunes a los contratantes, en realidad, corresponde a intereses de una de las partes y, eventualmente, a sus presuposiciones, merecedoras de tutela cuando la interpretación-calificación del contrato y la integración de su contenido según buena fe coinciden en demostrar que la otra parte había tácitamente asumido el riesgo de verificarse circunstancias adversas (o la obligación de determinar su diverso curso de los acontecimientos) ... Decir que el contrato documenta presuposiciones comunes a las partes constituye, sin embargo, una ficción, porque se termina por presentar el resultado de operaciones de selección de los intereses dignos de apreciación, consentidas por criterios de valoración rigurosamente objetivos, como si la "ratio decidendi" de las controversias fuese el resultado de una indagación sobre la psicología de los contratantes, como si la técnica de administración de la relación contractual efectivamente empleada tuviese pura y simplemente el significado de la búsqueda de una común intención, no obstante ello, no declarada en el contrato» (BESSONE, *La finzione...*, cit., pp. 358 y 359; *idem*, *Adempimento...*, cit., pp. 308 y ss.

(36) La idea subyacente es la de que el contrato cuyos efectos se prolongan en el tiempo opera como una suerte de seguro o de garantía para el futuro. Sobre este argumento vid. RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, p. 151.

(37) La teoría de la presuposición fue criticada por los autores alemanes de la época. Así, se decía que admitirla daría lugar al fin de la seguridad en el comercio jurídico, en el que sólo interesa lo que aquellos con los que se concluye el contrato declaran ser su voluntad, sin preocuparse de los motivos de esta voluntad. O bien se decía que un motivo no adquiría eficacia por el hecho de que la otra parte lo conozca, ni siquiera cuando ha sido comunicado expresamente, excepto en los casos en los que ha sido introducido como condición; de otro modo es irrelevante (LENEL, O., *La cláusula «rebus sic stantibus»*, traducción de W. Roces, «Revista de Derecho privado», 1923, pp. 198 y 199).

(38) Con la elaboración de esta teoría estaríamos ante uno de los caminos que, según De Castro, cuando critica los principios sistemáticos del positivismo jurídico,

la falta de neutralidad o de inocuidad de sus resultados (39), como creemos poner de manifiesto en el capítulo III.

Como también resulta de lo que exponíamos al final del epígrafe anterior, la crítica a la teoría de la presuposición es también, fundamentalmente, la crítica al modo de pensar dogmático basado en la elaboración de cadenas de conceptos relacionados por su mayor o menor abstracción. Cuando así se procede se llega a un momento en el que se ha perdido la conexión con el problema —en este caso, el riesgo contractual—, por lo que la solución finalmente propuesta no satisface las exigencias de protección de intereses merecedores de tutela, cuando se toman como puntos de vista valores diferentes al inicialmente tenido en cuenta y posteriormente desarrollado al elaborar tal teoría (la protección de la voluntad individual) (40).

permiten «obtener de unas disposiciones legales una disposición que en ellas no se encontraba, mediante manipulaciones lógicas...: el de ocultar bajo la apariencia de un procedimiento puramente científico el escamoteo de principios políticos o morales que se quieren substraer a toda crítica. Unas veces buscan los principios de ciertas disposiciones legales para extenderlos a nuevos casos; pero para ello han de apoyarse en su parte no formulada, en lo que no fue ley y continúa siendo, por tanto, Derecho no legal (Derecho natural o directivas políticas). En otras ocasiones se presupone como evidente un principio —como el de la primacía de la libertad individual—, y de él se sacan, sin mencionarlo, las consecuencias que se estiman pertinente» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, I, pp. 413 y 414).

(39) «La misma neutralidad del positivismo jurídico encierra en sí un principio valorativo y, por tanto, una opción política y de ética social: una elección que se expresaba en el encuadramiento constitucional de la jurisprudencia dentro del marco del Estado de Derecho del siglo XIX ... La respuesta del Estado de Derecho burgués al problema de la relación entre el Estado y la sociedad se concreta en el vacío de poder tolerado en el ámbito del ordenamiento jurídico burgués. Este vacío significa para el Juez una necesaria pérdida de fuerza: «pouvoir neutre, pouvoir nulle». Naturalmente, vinculando al Juez a precisos principios científicos, verificables y aceptables por la opinión pública, el Estado de Derecho alcanza el resultado de desplazar del campo de la administración de justicia toda la cuestión de los intereses sociales y económicos en contraste dentro de aquella sociedad liberal» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. II, pp. 135 y 136).

«Mediante la técnica conceptual y la abstracción, se elimina el viejo pathos político, se procura borrar toda huella del Derecho natural y se trata de convertir al Derecho civil en una fría organización técnica de los intereses del tráfico económico» (CASTRO Y BRAVO, *loc. cit.*, p. 113).

«El concepto mismo está precualificado a través de una serie de juicios de interés, de tal manera que la subsunción aparentemente lógica es una reintegración de un juicio de interés, que estaba encerrado in nuce en el concepto jurídico» (ESSER, J., *Elementi di Diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, «Nuova rivista di Diritto commerciale», V, p. 4).

(40) «La deducción que, como es natural, es imprescindible en todo pensamiento, aquí no juega, de ningún modo, un papel directo, ni puede jugar el que a veces se podría desear para ella y el que le correspondería si existiera un sistema perfecto ... Si se diera un sistema deductivo ..., supuesta su corrección, tendría que ofrecer ... un procedimiento que fuera progresivamente deductivo. Sin embargo, a la vista del problema, es menester introducir nuevos puntos de vista y la cadena de conclusiones que éstos abren rara vez es larga, puesto que se interrumpe continuamente por sucesivos puntos de vista, tan pronto como tal operación se hace necesaria a la vista del problema. Se produce así una trama que es lo menos parecido a la axiomática ... Si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta

Aquí, el problema es el del riesgo contractual y la construcción de Windscheid tiene su punto de partida más probable en el error, desde el que llega a la presuposición a través de la llamada condición no expresada, tomando como único valor o punto de vista el de la protección de la voluntad individual del declarante, dejando aparte otros como, por ejemplo, el de la protección de la confianza en lo declarado y, en definitiva, la seguridad y rapidez del tráfico.

a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención...» (VIEWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, 1964, pp. 136 y 137).

CAPITULO II

MARGINACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION Y RECIENTE REVALORIZACION DE LA PRESUPOSICION

1. NO POSITIVACION DE LA TEORIA DE LA PRESUPOSICION

1.1. *Código civil español de 1888-89*

Entendemos que nuestro Código civil no sólo no ha recogido en un precepto ad hoc la teoría de la presuposición (1), sino que tampoco esa teoría ha inspirado, como tal, preceptos específicos.

Es más, creemos que en línea de principio habría que considerar como hipótesis más factible su rechazo, derivado de la no recepción de la figura del negocio jurídico, aunque sí reconoce la autonomía de la voluntad en su vertiente —ciertamente, la principal— de libertad contractual (art. 1.255), así como por el escaso apego que, en general, demostraron hacia las abstracciones y hacia las doctrinas extrañas a nuestra tradición jurídica o al modelo francés (2).

Así, los preceptos que con carácter general se refieren a la causa del contrato dejan traslucir una concepción objetivista que niega relevancia a los motivos, móviles o condiciones no expresadas (3).

(1) No hay que excluir la posibilidad de que los que intervinieron o influyeron en la redacción del Código civil no tuviesen noticia de esta teoría, pues fue formulada casi 40 años antes de que viera la luz la redacción definitiva del Código.

(2) *Vid.* CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1.^a parte, pp. 206 y ss.

(3) «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor» (art. 1.274 C.c.).

A pesar de la confusión terminológica existente en tema de causa en el Código civil —causa del contrato (arts. 1.274-1.277), causa de la obligación (art. 1.263-3) y causa de la atribución patrimonial (art. 1.900)—, la orientación objetivista parece bastante clara (*vid.* Díez PICAZO, L., *El concepto de causa en el negocio jurídico*, «ADC», tomo XVI, enero-marzo, 1963, pp. 3 y ss.), al menos, en el tráfico oneroso inter vivos.

Esta concepción objetiva de la causa del contrato es la que aparece reflejada en los artículos 1.818 y 1.819. Siendo, diríamos hoy, la función económico-social de la

Este rechazo, consciente o inconsciente, queda puesto de manifiesto también en la regulación del error como vicio de la voluntad contractual. Nuestro Código (art. 1.266) sólo se refiere al error en la formación de la voluntad y circunscribe notablemente el ámbito de su posible relevancia: sólo considera error esencial (invalidante) el que recae «sobre la sustancia de la cosa ... o sobre las condiciones de la misma» y el error «sobre la persona», exigiendo, además, que tal error haya sido determinante de la declaración de voluntad. Esto significa que el legislador de 1888-89 admitió la posibilidad de que uno de los contratantes —el que sufrió el error— quedase vinculado por el contrato, esto es, por un acuerdo de voluntades formado a partir de declaraciones de voluntad que podían no coincidir con los intereses reales de las partes. Esto es así porque no es la voluntad el único elemento a tener en cuenta, ni el respeto a ella fue llevado al extremo de desatender otros criterios, otros intereses: la autorresponsabilidad, por una parte, y la confianza del destinatario de la declaración de voluntad, por otra (4), a pesar de la dosis no escasa de subjetivismo que subyace en el Código civil.

Lo anterior iba referido al error que recae sobre circunstancias pasadas o coetáneas a la declaración de voluntad. En cuanto al que pudiera recaer sobre circunstancias futuras (el llamado error de previsión), no parece que deba ser relevante según el Código. En buena técnica, cuando una de las partes no vea realizadas sus expectativas, podrá intentar la resolución o modificación de la relación obligatoria, pero, en ningún caso, pretender la invalidación del contrato, alegando error de previsión al emitir su declaración de oferta o de aceptación. Y es que el llamado error de previsión (5), en caso de reconocérsele relevancia, no sería un defecto genético del contrato, sino un defecto funcional que no afecta al contrato como acto, sino, en realidad, a la relación obligatoria que surge de aquél, a su desenvolvimiento posterior.

Pero si, como regla general, no ha sido recogida la teoría de la presuposición, cabe plantearse si ello, no obstante, ha podido inspirar

transacción evitar «la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado» mediante concesiones recíprocas (art. 1.809), resulta lógico que «el descubrimiento de nuevos documentos no sea causa para anular o rescindir la transacción, si no hubo mala fe» (art. 1.818), y que «la ignorancia de una sentencia que pueda revocarse no es causa para atacar la transacción» (art. 1.819-2), mientras que, por la misma razón, es coherente con ello que «si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebra transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá ésta pedir que se rescinda la transacción» (art. 1.819-1).

(4) Hoy en día este tipo de consideraciones lleva a entender que tampoco será relevante el error que, aun siendo esencial en la formación de la voluntad, sea inexcusable (principio de autorresponsabilidad) o irreconocible por la contraparte que, de buena fe, actuó diligentemente, confiando en la declaración de voluntad emitida por el que había sufrido el error (principio de seguridad del tráfico y de la protección del comportamiento diligente) (*vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 132 y 133).

(5) *Vid.* MARTORANO, F.: *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, «Rivista di Diritto civile», 1958, I, pp. 95 y ss.; PIETROBÓN, J.: *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1968.

de cerca ciertos preceptos del Código que, al menos, aparentemente, pudieran contener excepciones a la regla general de la irrelevancia de los motivos. Y es que en nuestro Código hay una serie de preceptos de cuyo tenor podría desprenderse que contemplan supuestos en los que se da relevancia a ciertas condiciones presupuestas. Sin embargo, entendemos que a tales preceptos, como veremos a continuación, pueden ser explicados sin tener que recurrir a la teoría de la presuposición.

El artículo 644, que consiente la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos del donante (6), sería uno de esos casos. Para explicar este precepto no es necesario decir que existió una presuposición al realizar la donación. En primer lugar, porque no se exige que el donante haya realizado la donación, precisamente, porque no tenía hijos o porque reputaba fallecido al que no lo estaba realmente; se prescinde, creemos, de cuáles fuesen los móviles del donante al hacer la donación. En segundo lugar, porque la explicación es, esencialmente, objetiva: se trata de consentir la revocación de una atribución patrimonial gratuita para que, así, el donante que había actuado con ánimo liberal pueda, si así lo prefiere o lo juzga conveniente, recuperar los bienes donados y destinarlos a atenciones dirigidas a los hijos que sobreviven o que sobrevienen, o disponer de ellos en favor de cualquier otro. En definitiva, entendemos que la ratio última del precepto contenido en el artículo 644 no está en la relevancia de una presuposición o de una condición tácita, sino en el tratamiento restrictivo y desfavorable hacia las transmisiones realizadas a título gratuito y, en general, en el favor iuris hacia la onerosidad del tráfico, y no tanto en proteger la familia del donante, pues la revocación no se entiende automática y, aunque lo fuere, el donante podría disponer libremente de los bienes recuperados en favor de cualquiera, ni tampoco la protección de la voluntad presunta del donante, ya que se entiende que la acción de revocación es irrenunciable, al menos anticipadamente (7). Es, quizá, la consideración de acto a título gratuito lo que más luz arroja sobre la revocación de donaciones, en general, y, en particular, sobre la revocación por supervivencia o sobreveniencia de hijos que, a nuestro modo de ver, no está muy lejos, a pesar de la distancia existente entre ambas,

(6) «Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos, y
2.º Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación» (art. 644).

(7) De alguna manera todas estas explicaciones pueden ayudar a entender el fenómeno, pero consideramos que es el desfavor hacia las atribuciones patrimoniales gratuitas lo que, en último término, proporciona una explicación más satisfactoria.

No lo es así la protección de la familia del donante, pues la revocación no es automática, no opera ipso iure. Tampoco lo es la voluntad presunta del donante, ya que la acción de revocación es irrenunciable (art. 646-2), al menos anticipadamente [vid. DÍAZ-ALABART, S., *Comentario a los artículos 644 y ss. del Código civil*, en «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, tomo VIII, vol. 2.º, pp. 350 y ss. (no automaticidad de la revocación) y 367 y ss. (renunciabilidad o irrenunciabilidad de la acción), Madrid, 1986].

de la ineficacia o irregularidad del testamento en caso de preterición de legitimarios del testador (8).

Creemos que tampoco el precepto contenido en el artículo 1.281-2 ha de ser considerado como una manifestación de la recepción de la teoría de la presuposición. Que deba prevalecer la intención de los contratantes sobre las palabras es, ciertamente, una importante concesión al subjetivismo en la interpretación de los contratos, pero no supone consagrar tal teoría. En primer lugar, porque del mismo tenor literal del precepto resulta que la intención que se busca es la de ambos contratantes, y no la de uno de ellos (9). En segundo lugar, porque se trata de determinar «la intención evidente», por lo que si es evidente ya no estamos, por definición, ante una presuposición. En tercer lugar, porque para hallar esa intención común y evidente no se acude a indagaciones psicológicas, sino que se acude al comportamiento de los contratantes (art. 1.282) y a lo que resulta de la totalidad de las cláusulas del contrato (art. 1.285), elementos todos ellos lejanos a la presuposición, al menos, tal y como fue considerada originariamente (10).

Tampoco los preceptos relativos a la responsabilidad del vendedor por evicción (art. 1.475 y ss.) están necesitados de una explicación en clave psicológica, sino que estamos, simplemente, ante una sanción por el incumplimiento de un deber de garantía, como consecuencia de la obligación asumida por el vendedor de poner al comprador en la pacífica posesión de la cosa vendida. Es más, se parte de que la venta de una cosa que realmente es ajena es algo posible, por lo que la contrapartida es la responsabilidad del vendedor que no hace al comprador propietario de la cosa comprada cuando a la perfección del título adquisitivo se suma el traspaso posesorio (11). En definiti-

(8) Así, con arreglo al artículo 814 actual, «la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

Aunque excede de los fines de este estudio introductorio el análisis pormenorizado de la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos, no queremos dejar de señalar el paralelismo existente entre el precepto contenido en el artículo 644 y el que acabamos de transcribir.

(9) «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas» (art. 1.281-2).

(10) Si la existencia de una condición puede ser puesta de relieve mediante la interpretación no estamos, por definición, ante una presuposición, sino ante una condición tácita o implícita, aceptada por ambas partes.

(11) Así pues, cuando en los artículos 1.479 y 1.483 no establece que existe responsabilidad cuando el comprador no habría adquirido la cosa sin la parte afecta a la evicción o si hubiese conocido que estaba gravada, no está reconociendo relevancia a presuposiciones.

En el primer caso, porque el conocimiento por parte del comprador de que la cosa que compra no pertenece al vendedor no excluye la responsabilidad por evicción de éste, mientras no se pacte ello expresamente (art. 1.475-3).

En el segundo, el vendedor es responsable porque la buena fe exige que el vendedor comunique al comprador las cargas que gravan la cosa. O, en todo caso, si el vendedor no lo manifiesta asume la obligación, si vende la cosa como libre de gravámenes, de proceder a extinguir o levantar tales cargas, de forma que el comprador pueda adquirir la propiedad plena y libre.

va, estamos ante una exigencia impuesta por el carácter oneroso o, mejor, sinalagmático del contrato de compraventa, como lo pone de relieve el diferente tratamiento de la cuestión en las atribuciones patrimoniales realizadas a título gratuito (art. 638) (12).

Por razones similares, tampoco es necesario acudir a la presuposición para explicar la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos (arts. 1.484 y ss.). Son, fundamentalmente, dos los supuestos de responsabilidad: que los vicios o defectos hagan impropia la cosa para el uso al que se destina o que disminuyan de tal modo su valor —«este uso», dice el artículo 1.484—, que el comprador, de haberlos conocido, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. Creemos que no se trata de presuposiciones, sino, en realidad, de una responsabilidad del vendedor por incumplimiento, si prometió una cierta calidad o si garantizó la aptitud de la cosa para destinarla a un determinado uso, o de un deber de garantía que tiene su fundamento en la conmutatividad de las prestaciones (13). La referencia que se hace al «uso al que se destina» la cosa comprada hay que entenderla en el sentido de que tal uso es aquel al que normalmente está destinada, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, concretamente, salvo que el comprador haya obtenido del vendedor una garantía de que la cosa será apta para un uso específico, aunque no sea el normal (14).

Nuestro Código civil, pues, a pesar de que, esencialmente, es un Código de propietarios y para propietarios, y de que carece de una visión dinámica o mercantil del tráfico económico, lo cual determina que la protección de la seguridad y la rapidez del intercambio no

(12) «El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen» (art. 638).

(13) Si el vicio o defecto es manifiesto o reconocible por el comprador opera el criterio general del equilibrio «subjetivo» de las prestaciones, pues, como consecuencia de la libertad contractual, se considera que las cosas valen lo que se haya pagado por ellas.

Si el vicio o defecto es oculto y es excusable su no percepción por el comprador, el criterio a aplicar es el del valor objetivo de mercado. Esto significa que si el precio pagado era el que corresponde al valor real de la cosa defectuosa, aunque los vicios o defectos sean ocultos, no incurrirá el vendedor en responsabilidad.

(14) A favor de esta lectura objetiva *vid* MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, tomo X, Madrid, 1905, pp. 209 y 210; MUCIUS SCAEVO LA: *Código civil*, tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 608; GARCÍA CANTERO, G.: *Comentario a los artículos 1.484 y 1.490 C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales», dirigidos por M. Albadalejo, tomo VIII, Madrid, 1980, p. 345.

Sin embargo, también se ha hecho una lectura subjetivista del precepto al afirmar que «el defecto que permite el saneamiento es el que afecta al uso especial de la cosa a que el comprador la destina o se proponía destinarla; aunque ella fuese apta para usarla en otro modo distinto» (BORRELL Y SOLER, A. M., *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, p. 146).

Por nuestra parte, entendemos que no sería suficiente que el uso específico o no normal al que pretende destinar la cosa el comprador fuese simplemente conocido por el vendedor ni, incluso, comunicado a éste por el comprador, si aquél no asumió la obligación de garantizarlo.

le preocupen especialmente (15), no llegó en su subjetivismo al extremo de incorporar la teoría de la presuposición, al menos, en los contratos, en el tráfico inter vivos (15 bis).

1.2. *El Código civil alemán de 1896-1900.*

El primer proyecto de Código civil, redactado por una comisión de la que en los primeros años formó parte Windscheid, acogió la teoría de la presuposición, pero no en todas sus formas, sino limitándose a la presuposición de eventos futuros (16), dejando aparte la presuposición de eventos pasados o presentes (17). Así, el párrafo

(15) A los codificadores pareció interesar la protección del transmitente, esto es, de la clase de propietarios —en medida de no escasa importancia, gracias al proceso desamortizador— de entonces, tal y como se desprende de la aceptación, aunque sólo fuese como regla general, del sistema del título y del modo para la transmisión de los derechos reales, como resulta de los artículos 609 y 1.095.

(15 bis) Excede de los objetivos de este estudio introductorio sobre el riesgo contractual analizar si la teoría de la presuposición informa algunos preceptos del Código relativos a la sucesión testamentaria: los artículos 861 y 862 (legado de cosa ajena) y, sobre todo, el 767.

Según este último precepto, «la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa».

Es decir, se trata de una disposición testamentaria en la que se expresa el motivo por el que se hace, pero sin llegar a tratarse de una institución de heredero o de un legado explícitamente condicionados. Cabe preguntarse si hay, en tales casos, una presuposición relevante o si no se tratará, mejor, de una condición tácita que se detecta con la interpretación del testamento. El precepto contenido en el artículo 767 merece, en todo caso, un estudio aparte.

Con todo, lo que sí podemos adelantar es que la sucesión testamentaria es terreno abonado para la relevancia de la presuposición, puesto que en ella la voluntad del testador es la instancia «soberana» en la ordenación del fenómeno sucesorio. Basta con leer el artículo 675-1 para darse cuenta de que lo que importa es la voluntad del causante-testador, sin atender a consideraciones tales como la protección de la confianza de la contraparte —no la hay— o de la seguridad y la rapidez de la circulación de la riqueza.

(16) «La teoría de la presuposición, como categoría general de las autolimitaciones en los efectos de los negocios jurídicos, no ha alcanzado todavía la elaboración y el reconocimiento que podrían hacer no difícil construir sobre ella disposiciones legislativas. La presuposición ha sido recogida en la medida en que era necesaria. Los principios sobre la repetición de una prestación por la no realización de un evento futuro presupuesto o de una consecuencia jurídica si se encuentran en el proyecto... Fuera de estos casos, la presuposición, en cuanto no puede ser considerada como una condición, tiene sólo la consideración de un móvil que no afecta a la eficacia del negocio jurídico» (Exposición de motivos del primer proyecto de Código civil alemán, tomada de las notas de C. Fadda y P. E. Bensa, continuadas por P. Bonfante, a la traducción italiana del tratado de Pandectas de Windscheid, vol. IV, Torino, 1926, p. 564).

(17) «De admitir esto un gran número de contratos sería impugnado y declarado ineficaz por simple error en los motivos y en base a la tácita cláusula “rebus sic stantibus”. La experiencia enseña que iguales temores no están justificadas cuando la *condictio* queda limitada a los casos en que la circunstancia presupuesta pertenece al futuro y la prestación, según la declaración, se ha realizado para la consecución de ese fin...» (Exposición de motivos del primer proyecto de Código civil alemán, tomada de Fadda y Bensa, *loc. cit.*, pp. 564 y 565).

742 formulaba un precepto que venía a establecer que «quien ha realizado una prestación bajo la presuposición, expresa o tácitamente declarada, de un evento futuro o de un efecto jurídico puede, si la presuposición no se realiza, repetir del que la recibió cuanto aquél prestó». Además, en el párrafo 381-2, en relación a la responsabilidad por vicios redhibitorios en las enajenaciones a título oneroso, pues era extendida no sólo a aquellos vicios que disminuyen el valor de la cosa o su aptitud para el uso al que normalmente está destinada, sino también a aquellos que disminuyen su aptitud para el uso presupuesto en base al contrato (18).

La regulación proyectada fue objeto de fuertes críticas, destacando en esta posición contraria Lenel que, además de las críticas de fondo a la teoría de la presuposición, puso de manifiesto la inconsecuencia que suponía una admisión sólo parcial de la misma (19). Estas críticas fueron hechas propias por la segunda comisión que revisó el proyecto, eliminando el precepto contenido en el párrafo 742, con lo que tampoco fue finalmente recogida la presuposición de eventos futuros, por el riesgo que entrañaría para la seguridad del tráfico y por la no del todo clara diferenciación entre presuposición y motivos (20).

Así pues, en la redacción final del proyecto fue rechazada la teoría de la presuposición, al menos, como una causa general de ineficacia de la declaración de voluntad. Pero es que, además, tampoco parece que esa teoría haya informado la regulación concreta de ciertas instituciones como, por ejemplo, la del error por vicio de la declaración de voluntad.

Por lo que se refiere al error en la declaración —se declara algo distinto de lo que se quería o creía declarar—, se dispone que el declarante que padeció tal error puede impugnar su declaración si ha de admitirse que no la habría realizado en caso de conocer la situación de hecho y de apreciarla debida y razonablemente (21). Esta mo-

(18) FADDA Y BENZA: *loc. cit.*, pp. 564 y 565.

(19) *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. LXXIV, pp. 219 y 235; y *La cláusula «rebus sic stantibus»*, traducción de W. Roces, «RDP», 1923, p. 198.

(20) «El párrafo 742 se fundaría sobre la teoría de la presuposición de Windscheid, por cuyo mantenimiento nadie se había pronunciado en la comisión, habiendo llegado todos a la convicción de que una teoría tal comprometería la seguridad de los negocios ... En muchos casos, especialmente, cuando las partes han designado el presupuesto, éste constituiría un elemento de la voluntad contractual ... En tal caso, la presuposición atribuiría mucho más que la posibilidad de repetir cuanto había prestado; ésta o se presentaría como condición resolutoria o tendría la naturaleza de un derecho de denuncia ... Pero el proyecto daba relevancia a la presuposición de circunstancias futuras no expresadas en el contrato. En relación con ello, existiría el peligro de que al sentenciar desapareciese la diferencia entre presuposición y motivo, y que erróneamente la práctica terminase por otorgar influencia a un móvil no expresado en el contrato» (Exposición de motivos del segundo proyecto de Código civil alemán, tomado de Fadda y Bensa, *loc. cit.*, pp. 566 y 567).

(21) «Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie Kenntniss der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde» (§ 119-1 «BGB»).

alidad comprende tanto el error sobre el contenido, esto es, sobre el significado de la declaración emitida, como el mero extravío o error sobre las palabras o signos empleados como tales (22).

El error en la transmisión es equiparado al error en la declaración (23).

El error en los motivos, esto es, el que sobre cualesquiera circunstancias que son relevantes para la decisión de emitir una declaración con un contenido determinado, sólo es relevante cuando afecta a las cualidades de la persona o de la cosa, siempre que en el tráfico sean consideradas como esenciales. En estos casos el error es equiparado al error en la declaración (24).

Además, la impugnación ha de ser instada sin demora (25), desde que tuvo conocimiento del error, sin que pueda tener lugar una vez transcurridos 30 años desde la emisión de la declaración de voluntad (26).

La consecuencia de la impugnación es la nulidad de la declaración y el resarcimiento es del interés negativo y queda a cargo del impugnador (27).

Si algo resulta evidente en esta regulación es su carácter acusadamente restrictivo en el otorgamiento de relevancia al error: limitación de supuestos, limitación temporal de la impugnabilidad, deber de resarcimiento a cargo del impugnador..., todo lo cual parece mostrarnos cómo la teoría de la presuposición fue rechazada por el legislador alemán.

El interés protegido fue, en última instancia, el de la certeza y la seguridad del tráfico económico y no la voluntad individual. Por tanto, ya se estaba produciendo una cierta objetivación del intercam-

(22) *Vid.* LARENZ, K.: *Derecho civil*, parte general, traducción de M. Izquierdo, Madrid, 1978, p. 508.

(23) «Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 irrtümlich abgegebene Willenserklärung» (§ 120 «BGB»).

(24) «Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden» (§ 119-2 «BGB»).

(25) «Sin demora» puede significar sin retraso culpable (ENNECERUS, L., *Derecho civil*, parte general, 15.^a ed. revisada por Nipperdey, traducida por B. Pérez González y J. Alguer, vol. 2.º, 1.^a parte, 3.^a ed., Barcelona, 1981, p. 369).

(26) «Die Anfechtung muss in der Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgründe Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreissig Jahre verstrichen sind» (§ 121 «BGB»).

(27) Esta obligación no se basa en la culpa del que impugna, sino en la responsabilidad del declarante por su declaración, por la apariencia en base a la cual confió y actuó la contraparte, por lo que el deber de resarcir surgirá cuando la otra parte no confió o no pudo confiar en la declaración, debido a que conoció o debió conocer el error (LARENZ, *últ. op. cit.*, pp. 529 y 530) (§ 122 «BGB»).

bio económico (28), a pesar de la impronta voluntarista del Código alemán, cuya manifestación más visible es la recepción de la teoría del negocio jurídico.

Sin embargo, el criterio inspirador de la regulación del error fue, sin duda, el de la autorresponsabilidad del autor de la declaración de voluntad por la propia representación de la realidad o por sus cálculos o especulaciones para el futuro, así como por los medios empleados para exteriorizar su voluntad (29). Esta sería la explicación del carácter restrictivo de la regulación del error y, concretamente, del carácter excepcional de la relevancia del error sobre las circunstancias de hecho exteriores a la declaración (error en los motivos), pues éste, en principio y como regla general, es irrelevante por muy influyentes que tales circunstancias hubiesen sido para el autor de la declaración (30).

Con todo, el párrafo 459-1 del Código civil alemán mantiene el precepto que formulaba el 381-2 del proyecto, según el cual el vendedor responde por vicios que anulen o disminuyan el valor de la cosa comprada o la utilidad de su uso ordinario o el presupuesto en el contrato (31). A pesar de la dicción literal del precepto, la doctrina interpreta la frase «varausgesetzten Gebrauch» como uso previsto en el contrato (32), de manera que el transmitente responderá por vicios de la cosa transmitida cuando ésta no reúna las cualidades normales de su género, sino también cuando no sea apta para el uso especial previsto en el contrato (33). Esta lectura objetivada determina la exclusión de responsabilidad del transmitente cuando la cosa, reuniendo las cualidades normales de las de su género, no sea adecuada para

(28) Vid. GALGANO, F.: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, 2.^a ed. ampliada, Bologna, 1983, pp. 70-72.

(29) «Dado que en el ámbito de lo social no existen actos sin responsabilidad, quien hace una manifestación de validez frente a otro es responsable de los medios de expresión por él elegidos ... No todo error y, menos aún, las expectativas erróneas sobre el suceso futuro, pueden dar motivo para poner en cuestión la validez del negocio jurídico. Ello gravaría la mayoría de los negocios con un insoportable factor de inseguridad. Antes bien, cada cual ha de soportar por sí el riesgo de que sus expectativas no se cumplan, pero también el riesgo de que sus conceptos sobre las circunstancias relevantes para su decisión no concuerden con la realidad» (LARENZ, *últ., op. cit.*, pp. 452 y 506).

«El ordenamiento jurídico no puede tomar en consideración cualquier error en que incurra el declarante al emitir su declaración de voluntad: la declaración dirigida a obtener un resultado en la esfera del derecho privado debe, en principio, imputarse al que la hizo, a pesar de su error. Es ésta una exigencia de la seguridad del tráfico» (ENNECERUS, *op. cit.*, p. 330).

(30) ENNECERUS, *op. cit.*, p. 331; LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 506.

(31) «Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern...» (§ 459-1 «BGB»).

(32) ENNECERUS, L., y LEHMANN, H.: *Derecho de obligaciones*, en el «Tratado de Derecho civil» de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, tomo II, vol. 1.º, traducción de la 35.^a ed. alemana por B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, 1933, pp. 50 y 51; LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, traducción de J. Santos Briz, tomo II, Madrid, 1959, pp. 58 y ss.

(33) LARENZ, *últ. loc. cit.*, p. 60.

el uso al que había previsto destinarla el adquirente, si sobre esa especial destinación no existió acuerdo entre las partes.

Así pues, el Código civil alemán, que sí acogió la teoría del negocio jurídico, no puede ser considerado, en modo alguno, como una manifestación de un subjetivismo voluntarista radical; por el contrario, su subjetivismo está bastante templado. La protección de la voluntad individual aparece claramente coordinada con la protección de la seguridad del tráfico, como consecuencia de la influencia de reglas y principios que nacieron como propios del tráfico mercantil (34).

1.3. *El Código civil italiano de 1942.*

Creemos que tampoco aquí ha sido acogida la teoría de la presuposición.

Aunque no han faltado quienes han sostenido lo contrario (35), entendemos que la regulación general de la excesiva onerosidad sobrevenida como causa de resolución o de modificación del contrato (36) no supone la recepción, directa ni indirecta, de la teoría de la presuposición ni la de la cláusula «rebus sic stantibus».

Como afirma Sacco (37), si no se quiere cambiar el significado de la palabra presuposición, tal y como fue definida por Windscheid, hay que decir que el artículo 1.467 no se refiere a la presuposición en sentido propio y, menos todavía, introduce el principio con carácter general (38). El artículo 1.467 contempla un supuesto de hecho objetivamente indentificado (la prestación que llega a hacerse excesivamente onerosa por verificarse eventos extraordinarios e imprevisi-

(34) La protección de la seguridad del tráfico es lo que resulta principalmente protegido, por ejemplo, también en el sistema de transmisión de los derechos reales. El sistema del llamado acuerdo abstracto traslativo (§§ 873 y 929), en definitiva, protege fundamentalmente al tercero que adquiere del adquirente.

(35) Nos remitimos al siguiente epígrafe.

(36) «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1.458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rienva nell'alea normale del contratto.

la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» (art. 1.467).

«Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità» (art. 1.468).

«Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti» (art. 1.469).

(37) «La presupposizione e l'art. 1.467 Codice civile», *Rivista di Diritto commerciale*, 1948, II, pp. 163 y ss.

(38) «El principio de la presuposición no tendría carácter general por los muchos requisitos a los que la ley subordina la aplicación del precepto» (SACCO, *op. cit.*, pp. 163 y 164).

bles) y no un hecho psicológico (39): no es necesario comprobar siquiera la intención de las partes. El hecho psicológico, la limitación de la voluntad, no es elemento suficiente ni necesario del supuesto de hecho del artículo 1.467 (40), de forma que la presuposición quedaría en el ámbito de los hechos psicológicos, mientras que el supuesto del artículo 1.467 se encuentra en el de los hechos objetivos (41).

Creemos que tampoco cabe entender admitida la cláusula «*rebus sic stantibus*», pues su admisión equivaldría a entender que en los contratos con prestaciones diferidas, periódicas o continuadas la ley la presume estipulada (42). Ante esta afirmación cabría responder diciendo que, de esta presunta inclusión sólo cabría derivar consecuencias sobre el desarrollo de la relación obligatoria cuando concurriesen los requisitos exigidos en los artículos 1.467 a 1.469 (43).

Podríamos, por tanto, preguntarnos a qué conduce afirmar que ciertos preceptos han recogido una institución si después hay que reconocer que esa recepción ha sido hecha sólo para los casos en que concurren los requisitos exigidos en los preceptos supuestamente introductorios de esa institución. Nos parece que con esa actitud lo que se pretende es identificar el fundamento último de la relevancia de la excesiva onerosidad sobrevenida en la falta de correspondencia entre efectos queridos y efectos producidos por el contrato; en definitiva, en el venir menos de la voluntad contractual, como si ésta hubiese de concurrir no sólo en el momento de la perfección del contrato, sino también durante la fase de ejecución de la relación obligatoria.

Por el contrario, como ya hemos dicho, en realidad los efectos finalmente producidos en función del cambio de circunstancias serán queridos por la parte que resulte favorecida y no lo serán por la que resulte perjudicada por la evolución de las circunstancias. Por tanto, situar el fundamento de la excesiva onerosidad sobrevenida en la voluntad de los contratantes supone presentar como real algo que no tiene por qué serlo, algo sobre lo cual nada nos indica que se

(39) SACCO, *loc. cit.*; también, MARTUSCELLI, V.: *La presupposizione nel Codice civile vigente*, Foro italiano, 1950, IV, pp. 167 y ss.

(40) «Se podría decir que el legislador no lo reclama en cuanto que normalmente la excesiva onerosidad sobrevenida comporta también la no realización de la primera intención de la parte. Pero sería fácil responder que en aquellos casos en los que la onerosidad sobrevenida no incide en la primera intención, aquélla (la excesiva onerosidad sobrevenida), siempre que concurren los demás requisitos legalmente exigidos, es igualmente relevante; en tales casos, en los que la onerosidad, a pesar de que afecta a la intención, no vaya acompañada de los demás requisitos legales, aquélla es irrelevante» (SACCO, *loc. cit.*).

(41) SACCO, *op. cit.*, p. 166; MARTUSCELLI, *op. cit.*, p. 172.

(42) *Id.* la relazione al Re del Ministro guardasigilli de 16 de marzo de 1942, 665: OSILIA, E.: *Sul fondamento della risolvibilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, Rivista di diritto commerciale, 1949, I, pp. 15 y ss.

(43) «Se puede rechazar el parentesco entre la institución de la excesiva onerosidad y la cláusula “*rebus sic stantibus*”, por la evidente irreducibilidad de las hipótesis normativas formuladas por los artículos 1.467 y 1.468 al principio que constituye el sustento de la cláusula antedicha: el principio de la condicionalidad de los vínculos consensuales a la persistencia de una determinada situación de hecho» (BOSELLI, A., *Eccessiva onerosità*, «Il novissimo digesto italiano», vol. IV, Torino, 1960, p. 332).

corresponda con la realidad: la existencia de un acuerdo en dar por terminada la relación obligatoria.

Por otra parte, intentar ver en el contrato el dominio exclusivo de la voluntad de los individuos no es posible, aunque sólo sea porque detrás está siempre la ley que establece las condiciones o requisitos para que el negocio pueda obtener el reconocimiento del ordenamiento jurídico. Además, en el Código civil de 1942 también fueron contemplados y protegidos intereses y valores diferentes al de la voluntad individual, como es el de la seguridad del tráfico económico. Ello significa que en el sistema que resulta de sus normas, donde no aparece la categoría del negocio jurídico, el interés principalmente protegido no es tanto el poder soberano de la voluntad individual para conformar la realidad económica cuanto la seguridad, la rapidez y la amplitud de la circulación de la riqueza: la llamada «objetivación del intercambio económico» (44). Así, en este Código aparecen recogidos numerosos e importantes supuestos en los que el acto no se considera nulo, aunque falta la voluntad de realizarlo o la conformidad con su contenido (44 bis). Las manifestaciones de esa objetivación son muchas (45); nosotros nos limitaremos a hacer referencia a la materia que más directamente nos concierne: el error.

Exigir, como requisito de la relevancia invalidante del error (46) en la formación de la voluntad, no solamente que sea esencial (47),

(44) GALGANO: *Negoziio giuridico...*, cit., p. 941.

(44 bis) LIPARI, N., y colaboradores: *Derecho privado (un ensayo para la enseñanza)*, traducción dirigida por E. Verdera, Bolonia, 1980, pp. 301 y 386.

(45) Manifestaciones de esta tendencia son los preceptos contenidos en los artículos 1.341, 1.431, 1433, 428-2, 1.415, 1.445, etc. (vid. GALGANO, *últ. op. cit.*, pp. 941-943).

La objetivación del intercambio económico subyace también en la concepción misma de la causa del contrato como función económico-social: «Contemporáneamente al proceso que ha ampliado el ámbito de la tutela del destinatario se ha desarrollado el proceso de objetivación del concepto de causa. La causa del negocio ha sido frecuentemente entendida sea el sentido subjetivo como fin, sea en sentido objetivo como función económico-social (del negocio). Está claro que entendiendo la causa en sentido subjetivo (como fin) y teniendo en cuenta que la falta de causa produce la nulidad, siempre que la finalidad del declarante resulte falsa o irrealizable, el negocio debe considerarse nulo. Puesto que la nulidad es oponible a los terceros subadquirentes, asumiendo el concepto subjetivo de causa se amplían también las hipótesis en las que el vendedor (en base al contrato privado de causa o con un fin irrealizable) puede actuar frente al tercero. Al contrario, reduciendo la causa a función económica del negocio mismo y, por tanto, negando que el fin subjetivo pueda influir de cualquier manera en la validez del acto, se reducen las hipótesis de inexistencia de la causa y, por consiguiente, aumentan las posibilidades de tutela del tercero. También el proceso de objetivación de la noción de causa se encuadra en el contexto de desarrollo de la "società dei traffici", de la sociedad mercantil» (BARCELLONA, P., *Diritto privato e processo economico*, 2.^a ed., Napoli, 1977, pp. 167 y 168).

(46) «L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente» (art. 1.428).

(47) «L'errore è essenziale:

1.º quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto;

2.º quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;

sino también su reconocibilidad (48), significa que será irrelevante aquel que, siendo esencial, no sea reconocible por la otra parte. Es más, la objetivación y, en definitiva, la autorresponsabilidad han sido llevadas al extremo de exigir el requisito de la reconocibilidad en los casos de error obstativo, esto es, de error en la declaración e, incluso, en los de error en la transmisión de la declaración (49).

De esto se desprende que una de las partes contratantes puede quedar sujeta al cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato cuya validez es independiente de la defectuosa formación de la voluntad o de la emisión de una declaración que no refleja la voluntad previamente formada o, incluso, de la recepción por la otra parte de una declaración —la oferta o la aceptación, según los casos— diversa de la que fue emitida.

En todos esos casos, demostrado el error, los efectos realmente producidos no coincidirán con los efectos queridos y, no obstante ello, el contrato así concluido será válido y el negocio, la operación económica, deberá desarrollarse en los términos «acordados» y el ordenamiento jurídico reconocerá sus efectos (50). Si esto es así, nos parece lógico afirmar que la inadecuada representación de la realidad o la divergencia entre voluntad y declaración ya no constituyen el fundamento de la eficacia del error, sino, más bien, su presupuesto. Por el contrario, serán la seguridad del tráfico y la protección de la confianza de la contraparte los elementos decisivos para, una vez proporcionada la prueba del error, distinguir entre errores relevante e irrelevantes, aunque tanto unos como otros sean esenciales (51).

3.º quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;

4.º quando trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto» (art. 1.429).

Resumidamente, podría decirse que «el error es esencial cuando incide sobre la identidad o sobre el tipo de interés que constituye objeto del negocio, de manera que la tutela acordada por la ley al interés regulado no consiente la realización del interés real» (BARCELONA, P., *Errore (Diritto privato)*, voz en «Enciclopedia del Diritto», vol. XV, 1966, p. 271).

(48) «L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto, ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo» (art. 1.431).

Se llega a considerar que «exigiendo el requisito de la reconocibilidad el legislador ha excluido implícitamente toda posible relevancia de la situación subjetiva de la contraparte» (BARCELONA, *últ. op. cit.*, pp. 276 y 277).

(49) «Le disposizione degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione è stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato» (art. 1.433).

(50) «Conforme a las exigencias del tráfico se hacen más apremiantes, resulta más evidente la exigencia de una tutela más amplia del destinatario: no basta fundamentar los efectos jurídicos sobre el consentimiento, no basta el principio según el cual el solo contrato obliga, es necesario también que el destinatario de la promesa pueda confiar en el significado que una persona de normal diligencia está en condiciones de atribuir a la promesa, a la declaración» (BARCELONA, *Diritto privato... cit.*, p. 268).

(51) «El interés dominante es —como repetidamente se expresa en la exposición de motivos del Código— “el interés superior de la producción”; el bien principalmente tutelado es el de hacer que la circulación sea lo más amplia, rápida y segura posible.

Quedarían, por tanto, fuera de lugar argumentaciones en términos de presuposición de circunstancias pasadas o presentes para explicar la disciplina del error. Como también, respecto a la excesiva onerosidad sobrevenida, cabe excluir la corrección de argumentaciones en términos de presuposición de circunstancias futuras o de mantenimiento de la situación existente al tiempo de concluir el contrato. Este tipo de argumentaciones responde a una consideración hoy superada por el Código italiano: la de reconducir a la voluntad todo aquello que pueda acaecer en la ejecución del contrato.

En relación a la responsabilidad del vendedor por la falta de cualidad en las cosas vendidas, aquél sólo responde cuando la cosa no reúne las cualidades prometidas o las esenciales para el uso al que está destinada (52).

Por lo que se refiere a la revocación de donaciones por supervivencia o sobreveniencia de hijos (art. 803), cabe decir que «se trata de la valoración legal de hechos apreciados en el ambiente social como razonablemente idóneos para excluir o modificar el espíritu individual de liberalidad. Puesto que la incidencia de tales hechos está prevista por la ley y no por la autonomía privada, es oportuno evitar el término «condición», estrechamente unido a la voluntad negocial y a los límites que ésta pone a la eficacia de los actos» (53). Además, en el Código italiano el paralelismo entre la revocación de donaciones por supervivencia o por sobreveniencia de hijos y lo que en el artículo 687 se califica como «revocación del testamento por supervivencia o sobrevivencia de hijos» (54), esto es, la ineficacia del testamento por preterición (no intencional) de hijos o descendientes. La primera es una revocación facultativa, mientras que la segunda opera automáticamente (55).

El Código civil italiano vigente se nos presenta, pues, con un grado bastante elevado de objetivación en la regulación del tráfico económico, donde queda fuertemente protegida la rapidez, seguridad y

El acto de intercambio es sólo un momento del fenómeno circulatorio: al interés de las partes se superpone otro interés, como es el de quien profesionalmente coloca bienes en el mercado y, por ello, tiene interés en que la circulación sea lo más amplia, lo más rápida y lo más segura posible» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 941).

(52) «Quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti per gli usi» (art. 1.497-1).

«El uso al que está destinada la cosa» puede ser interpretado tanto como el uso normal u ordinario conforme a su naturaleza, como el uso al que el comprador tenía previsto destinarla. Pero este último sentido, entendemos que cuando se aparte del uso normal sólo será relevante a estos efectos cuando éste resulte del contrato, de forma que pueda considerarse garantizado por el vendedor.

(53) RESCINGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, reimp. de la 6.^a ed., Napoli, 1985, p. 689.

(54) «Le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente (legittimo) del testatore...» (art. 687-1).

(55) *Vid.* GALGANO, F.: *Diritto Privato*, 2.^a ed., Padova, 1983, p. 814.

amplitud del intercambio. Ello es también resultado de la generalización de las soluciones y criterios mercantilistas, ahora, incorporados a un Código unitario de Derecho privado (56).

2. TENDENCIAS REVALORIZADORAS DE LA PRESUPOSICION

En Italia, la promulgación del Código civil de 1942 no supuso, a pesar de su acusada impronta objetivista, el abandono definitivo de la teoría de la presuposición, como tampoco cesó la polémica doctrinal en torno a esta teoría.

Es más, en la misma exposición de motivos del Código del 42 se venía a decir que los preceptos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida respondían al reconocimiento, siquiera fuese limitado, de la cláusula «*rebus sic stantibus*», lo cual no pasó inadvertido para los autores italianos (57).

Por otra parte, como se ha señalado (58), también la jurisprudencia se vino pronunciando en los años cuarenta en favor de una aplicación generosa de las normas relativas a la excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.467-1.469), considerando que tales preceptos eran manifestación de la admisión de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (59) o de la presuposición (60), admitidos como principios generales del Derecho italiano.

Para comprender esta doctrina jurisprudencial habría que tener en cuenta que tiene lugar cuando, como consecuencia de la guerra, la economía italiana se hallaba profundamente desequilibrada. La si-

(56) Aquí, también el sistema consensualista en la transmisión de los derechos reales (art. 1.376) garantiza las exigencias de rapidez del tráfico y favorece, sobre todo, el adquirente que adquiere para revender.

(57) A favor de este planteamiento, por todos, *vid.* OSILIA, *op. cit.*, *loc. cit.*, y, en contra, BOSELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(58) *Vid.* COMPORTI, M.: *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, «*Studi senesi*», vol. LXXII, 1960, pp. 455 y ss.; BESSONE, *últ. op. cit.*, pp. 72 y ss. y 82 y ss.; CASSOTTANA, M.: *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, «*Rivista di diritto commerciale*, 1977, II, pp. 341 y ss.; PELLICANO, A.: *La presupposizione*, «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, pp. 1636 y ss.

(59) «Mientras que el Código civil de 1865 no admitía el principio de la presuposición como cláusula implícita en todo contrato y la jurisprudencia se había pronunciado en el sentido de que la cláusula «*rebus sic stantibus*» debería resultar de un pacto expreso o, de modo inequívoco, de elementos extrínsecos al contrato, el nuevo Código, innovando al precedente, ha introducido en el artículo 1.467, de manera expresa y con carácter general, el principio de la implícita sujeción de los contratos con prestaciones recíprocas a la citada cláusula» (Sentencias de la casación de 13 de mayo de 1943 y de 1 de julio de 1947).

(60) «El vigente Código, introduciendo en el artículo 1.467, como regla general en materia contractual el principio de la presuposición, innova el Código civil derogado: siempre que, faltando en un contrato una referencia expresa a una determinada situación de hecho o de derecho, debería ser tenida en cuenta cuando, mediante la interpretación de la convención, se pudiera inferir que fue tenida presente por los contratantes...» (Sentencia de la casación de 15 de enero de 1947).

tuación, pues, no parecía la más propicia para el mantenimiento estricto del principio «pacta sunt servanda», rector de la economía clásica (61).

Sin embargo, desde los años cincuenta se produjo un cambio en la orientación de la jurisprudencia, en el sentido de proceder a una aplicación más estricta de las normas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida, dejando ya de considerarlas como expresión de la relevancia de la presuposición (62).

Este cambio de orientación respondía al intento de afianzar los primeros signos de recuperación económica, para permitir su consolidación sobre bases más estables, por lo que la actitud de la jurisprudencia se hizo más cauta. Así, la presuposición fue, una vez más, marginada y relegada al ámbito de la irrelevancia de los motivos, haciendo nuevamente hincapié en la seguridad del tráfico y en la protección de la confianza (63).

Desde entonces se ha producido un cierto consenso en la doctrina italiana en el sentido de relegar la presuposición como instrumento del riesgo contractual, lo cual no impide que sea más o menos frecuente hallar fallos jurisprudenciales en los que se hace referencia a la presuposición, ligada a cuestiones de riesgo contractual (64).

(61) «Es necesario tener en cuenta que éstos eran los años de la postguerra, la economía estaba desestabilizada, las convenciones entre particulares sufrían fuertes desequilibrios o, incluso, quedaron paralizadas como consecuencia del estallido de la segunda guerra mundial. Todo ello consentía, una vez concluida la guerra, un uso equitativo de la idea de presuposición, un uso que, en definitiva, permitiese hacer resurgir en el “pueblo” una confianza renovada en la utilización del instrumento contractual» (PELLICANO, *op. cit.*, p. 1649).

(62) «En el artículo 1.467 la cláusula “rebus sic stantibus” es reconocida en ciertos supuestos y dentro de límites rigurosos: contratos de ejecución continuada o periódica o diferida, incidencia de una nueva situación de hecho sobre la entidad económica de la relación, sobrevenida de eventos extraordinarios e imprevisibles, excesiva onerosidad de la prestación como consecuencia de la nueva situación» (Sentencia de 6 de marzo de 1949).

«Es de excluir la idea de que pueda acogerse en nuestro ordenamiento la figura de la presuposición, que representa una modalidad, a pesar de haber determinado la voluntad del contratante, no ha encontrado expresión en el negocio, no resulta del tenor de la declaración y por ello es irrelevante como simple motivo individual. Si, por consiguiente, las partes acuerdan una reglamentación incondicionada, cada contratante no está obligado a tener en cuenta los motivos que hayan constituido la base de la valoración de los propios intereses por parte del otro contratante, ni la influencia que tal valoración haya ejercido en la formación de su voluntad negocial» (Sentencia de la casación de 19 de julio de 1958).

(63) PELLICANÒ, *op. cit.*, p. 1650.

Como el mismo autor afirma, «recuperada la confianza en el instrumento contractual, se produce, casi por reacción, la desconfianza hacia la presuposición» (*op. cit.*, p. 1649).

(64) Aunque hay interesantes aportaciones al respecto (por todos, *vid.* BESSONE, *La finzione delle presupposizioni...*, *cit.*, pp. 354 y ss.), está todavía por hacerse un estudio que analice, caso por caso, sentencia por sentencia, cuándo los pronunciamientos favorables o contrarios a la presuposición constituyen la ratio decidendi del fallo y cuándo son meramente obiter dicta de las resoluciones, así como precisar si el recurso a la presuposición por parte de los tribunales esconde o no la utilización de técnicas más objetivas de distribución del riesgo contractual, que prescindan de indagaciones en la psicología de los contratantes para atender, en cambio, al arreglo de intereses

Desde finales de los sesenta la cuestión aparece planteada en términos diferentes, al menos en principio. Se parte de la insuficiencia de las normas contenidas en los artículos 1.467 y 1.469 del Código y se buscan otros instrumentos que complementen esas normas. Y es aquí donde surgen diversos planteamientos.

Para algunos esa insuficiencia ha de ser suplida acudiendo a las cláusulas generales, principalmente, a la de la buena fe (65), y rechazando a la vez las argumentaciones en términos de presuposición por considerarlas más bien propias de un peligroso subjetivismo basado en meras ficciones (66).

Para otros la norma contenida en el artículo 1.467 podría ser vista, no como una norma excepcional sino, mejor, como expresión de un principio más general. Es decir, las reglas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida permitirían considerar acogido, más allá de los casos a los que aparecen circunscritas, un principio general que permitiría la resolución de los contratos con prestaciones recíprocas por la destrucción del sinalagma funcional, aun cuando ello se deba a causas diversas de las expresamente contempladas por la ley, entre ellas la presuposición (67).

Entendida ésta como «un presupuesto objetivo del contrato que las partes han tenido presente en el momento de su conclusión, pero que no mencionaron en el contrato» (68), cuando ésta viene a menos, «su acogimiento como causa de resolución tiende a basarse en la relevancia que se da al venir menos de la función del contrato, al hecho de que el evento sobrevenido ha producido, como en el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida (textualmente previsto en el artículo 1.467) una alteración funcional de la causa, determinando que ya no esté justificado el intercambio de prestaciones» (69).

que resulta de la economía del negocio considerado como una operación económica compleja.

(65) Arts. 1.175, 1.337, 1.366, 1.374 y 1.375.

(66) Esta es la postura mantenida, fundamentalmente, por BESSONE, M. (*Adempimento e rischio contrattuale*, cit., caps. IV y V; *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, Foro padano, 1971, I, pp. 804 y ss.; «Essenzialità» dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto, «Rivista trimestrale di Diritto o procedura civile», 1972, pp. 872 y ss.; *Principio della presupposizione e «interpretazione» del contratto*, Foro padano, 1972, I, pp. 265 y ss.; *Ratio legis dell'articolo 1.467 Codice civile, risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, «Rivista di Diritto commerciale», 1979, pp. 354 y ss.; *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, en «Rischio contrattuale e autonomia privata», de G. Alpa, M. Bessone y E. Roppo, Napoli, 1982, pp. 351 y ss.), y, también, CASSOTANA, M. (*Presupposizione e rischio contrattuale...*, cit., pp. 356 y ss.); MEARELLI, M. (*Presupposizione, rischio contrattuale e regime pubblico dei suoli*, Temi, 1978, pp. 114 y ss.); ROPPO, E. (*Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema de «presupposizione»*, *Giurisprudenza italiana*, 1972, I I, c. 211 y ss.; *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile», 1973, pp. 1239 y ss.), etc.

(67) Esta es la postura que parece mantener una serie de estudiosos agrupados en torno a F. Galgano.

(68) GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 331.

(69) GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 332.

Por consiguiente, la presuposición ya no sería relevante por afectar a la voluntad, esto es, por hacer que desaparezca la voluntad contractual originaria existente al tiempo de concluir el contrato, sino por afectar a la causa del contrato. Concretamente, el venir menos de la presuposición sería un defecto funcional de la causa, pues no afecta a la génesis del contrato, sino que la anomalía tiene lugar en su fase de ejecución. Ya no estaríamos ante una limitación de la voluntad, sino ante un presupuesto objetivo de la función económico-social, no del contrato en general o de un tipo contractual, sino de un concreto y preciso contrato singular (70).

La relevancia de la presuposición se presenta, pues, como un medio de contrarrestar o de evitar una mayor objetivación del tráfico económico, más allá de la que por sí ya expresa el Código italiano del 42. Lógicamente, de admitir la relevancia, con los requisitos y cautelas que fuere, de motivos no expresados en el contrato, supone imprimir una cierta subjetivación al intercambio económico. Y es que, naturalmente, la causalización de ciertos motivos o presupuestos no expresados determina que no sea suficiente mantenerse en el plano abstracto del contrato en general o del tipo contractual, como resulta de la causa como función económico-social del acto de voluntad, sino que hace necesario atender al contrato singular que se trate.

Para lograr esa relativa subjetivación, consecuencia de llevar la presuposición a la causa del contrato, sería necesario, «de un lado, la emancipación de la presuposición del error sobre los motivos individuales y, de otro, templar la rígida objetividad de la causa que, abandonando los hábitos de función-límite o de concepto negativo con el que valorar el desarrollo de la autonomía privada, podrá adquirir, precisamente, por la presuposición, el papel positivo de requisito de valoración de la autonomía contractual, no sólo en términos de intercambio» —cuantitativo, añadimos nosotros—, «sino también de destinación del mismo» (71), haciendo, además, de la causa y de la presuposición elementos de integración del contenido del contrato (72).

Con esta nueva impostación se trata de lograr o legitimar la existencia de un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, que atiende no sólo al momento de la conclusión del contrato sino también a la utilidad social e individual que se deriva del acto de intercambio (73).

(70) «La figura de la presuposición, aunque nacida con el florecimiento de los estudios sobre la voluntad como elemento caracterizador del negocio jurídico, debe ser, por el contrario, considerada desde la perspectiva de la causa del contrato, representando aquélla un presupuesto objetivo de la función económico-social del acto de autonomía privada, cuyo venir menos determina que ya no esté justificado el intercambio de prestaciones» (FERRIGNO, L., *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, en «Contratto e impresa», núm. 1, 1985, p. 148).

(71) PELLICANÒ, A.: *La causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 151.

(72) PELLICANÒ, A.: *Destinazione dello scambio e presupposizione*, Giurisprudenza italiana, 1977, I 2, c. 366.

(73) «Al genérico interés en producir será contrapuesta la exigencia de proporcionar

Otorgando relevancia a la presuposición se pretende, pues, garantizar no tanto la seguridad, la rapidez y la amplitud del tráfico económico —esto ya lo garantiza el Código de 1942— cuanto su utilidad, así como una mayor equidad en la distribución del riesgo contractual (74).

En definitiva, con esta doctrina revitalizadora de la presuposición lo que resulta reforzado no es, como en su formulación originaria, la voluntad individual, sino la causa, lo cual lleva a una extensión del ámbito dentro del que puede operar un control judicial del tráfico económico. Y es que, si algo parece estar hoy claro en relación a la causa como elemento del contrato es que se trata de un expediente que consiente unas mayores posibilidades de control heterónimo del acto de autonomía privada (75). Sobre la relación entre presuposición y causa del contrato volveremos al final del capítulo siguiente.

Lo que podríamos plantearnos es si esta doctrina tiene algún apoyo en el Derecho positivo italiano.

Por lo que se refiere al Código civil, al menos en las normas relativas al contrato, no es precisamente la presuposición del criterio que lo inspira, sino, más bien, el opuesto, el de la objetivación del tráfico económico (76), de forma que «la seguridad del tráfico está (conforme a los propósitos de las fuerzas económicas inspiradoras de la codificación) en función del interés de aquel que coloca bienes en el mercado, es decir, del productor y del comerciante» (77).

Dicho esto hay que advertir que las cosas podrían no haber permanecido igual después de la promulgación de la Constitución de 1947. En efecto, de los preceptos contenidos en los artículos 42-2 y 3-2 (78) parece desprenderse que la circulación de la riqueza no es, en sí y por sí, el interés preferentemente tutelado, sino que tiene carácter instrumental respecto de otros: el acceso de todos a la propiedad, la igualdad sustancial, la utilizabilidad por todos de los bienes necesarios para satisfacer necesidades fundamentales (79). Con esto no queremos decir que la presuposición tenga, en sí misma, relevancia en base a la Constitución, sino que a partir de ésta han quedado expeditas las vías no sólo legislativas, sino también judiciales (los artículos 3

una colocación útil» —socialmente, añadimos nosotros— «de los bienes en el mercado» (PELLICANÒ, *últ. op. cit.*, *loc. cit.*).

(74) Entendemos que tampoco falta el propósito de suministrar un instrumento más en orden a una mayor protección del contratante más débil, que no llega a conseguir que en los términos del contrato queden reflejados y garantizados sus intereses.

(75) *Vid.* GALGANO, *últ. op. cit.*, pp. 226 y ss.

(76) *Vid.* epígrafe 1.3. de este mismo capítulo.

(77) LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 389.

(78) «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» (art. 42-2).

«E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3-2).

(79) LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, pp. 251, 252, 389 y 390.

y 42 no sólo van dirigidos al legislador, sino a todos los poderes públicos, incluida la magistratura), para poder reconocer relevancia a la presuposición, pero no por sí misma, sino como un instrumento más para posibilitar la realización efectiva de la igualdad real, la difusión de la propiedad y la satisfacción de las necesidades fundamentales.

CAPITULO III

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO, IRRELEVANCIA DE LOS MOTIVOS Y PRESUPOSICION

El fracaso de la teoría de la presuposición, esto es, su no recepción en materia de contratos por los textos legales, puede explicarse, no tanto por incoherencias o defectos en su elaboración, sino, más bien, por no parecer adecuada en orden a conseguir garantizar intereses cuya protección fue considerada prioritaria en la redacción de los cuerpos legales a los que nos hemos referido.

Como a continuación explicamos, la teoría de la presuposición no encajaba bien en el esquema de composición de intereses que subyacía en la afirmación o positivación de ciertos dogmas: la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la irrelevancia de los motivos de los contratantes. Con ellos se pretendía proporcionar un marco jurídico favorable al desarrollo del capitalismo, más favorable, desde luego, que el que proporcionaba el Derecho común. En un principio, no se trataba tanto de imponer algo, sino de dejar hacer y de garantizar jurídicamente (1). Así, el sistema económico, con la consagración legal de esos dogmas, lograba crear un Derecho a su medida (2).

Por así decir, si el Estado burgués sólo iba a regular imperativamente la organización política y las garantías de los sujetos de Derecho frente a los poderes públicos, el Derecho privado —el que regula

(1) «La propiedad individual, libre y sagrada, junto al contrato libremente formado y con valor de ley, son las dos bases que harán posible la creación de un orden nuevo. En adelante, el hombre dispone de los capitales que ha acumulado o recibido a préstamo; ejerce el comercio o la industria que le place; vende libremente los productos y se auxilia con el trabajo ajeno gracias al contrato» (RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, traducción de J. Quero Morales, Buenos Aires, 1950, p. 10).

(2) RIPERT, *últ. op. cit.*, p. 15.

Parece, pues, que si el Estado burgués sólo se ocuparía de regular imperativamente la organización política y las garantías de los derechos de los particulares frente a los poderes públicos, el Derecho privado, la regulación de las relaciones entre los particulares, quedaría en manos privadas.

las relaciones entre los privados—, quedaba en manos privadas (3). Así, el Derecho privado (la sociedad), contemplado como el reino de la libertad y de la igualdad, quedaba contrapuesto al Derecho público (el Estado) que era considerado como el reino de la autoridad y de la subordinación: en definitiva, uno debía ser el ámbito de la economía y otro distinto el de la política (4).

La autonomía de la voluntad ha sido definida por De Castro como «poder reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás...» (5).

Pero la significación reconocida a la autonomía de la voluntad ha ido variando desde su formulación inicial (6). Para el racionalismo ilustrado «el Derecho estatal debía limitarse a servir la voluntad individual y, en su caso, a completarla o suplirla, conforme a lo que pueda presumirse querido: “voluntas facit legem”. Esta sería la concepción recogida por las declaraciones de derechos y por los Códigos (7). Y será esta concepción la que, finalmente, será confirmada científicamente, en el sistema grandioso del pandectismo (primera generación), que se construye en torno a los conceptos de derecho subjetivo y de negocio jurídico» (8).

(3) En definitiva, detrás de esta forma de ver las cosas estaba la idea, ya expresada por Domat (*op. cit.*, p. 33), de separar la sociedad natural (comunidad de hombres libres e iguales) y el Estado (organización política integrada por ciudadanos sometidos a la autoridad).

(4) *Vid.* GALGANO: *Il Diritto privato...*, *cit.*, pp. 3 y ss. y 35 y ss.

(5) CASTRO Y BRAVO, F.: *Negocio jurídico*, en «Tratado teórico-práctico de Derecho civil», tomo X, Madrid, 1967, p. 12. En términos más breves, pero similares, FERRI, L.: *L'Autonomia privata*, Milano, 1959, pp. 66 y 67.

(6) Probablemente sea esa evolución lo que explica la diversa forma de entender la autonomía privada por parte de los Códigos latinos del XIX, de una parte, y el alemán, por otra. Sobre estas diferencias *vid.* Los MOZOS, J. L. de: *El principio de la buena fe* (aplicaciones prácticas en el Derecho civil español), Barcelona, 1959, pp. 126 y 127.

(7) Sección 10, párrafo 1.º de la Constitución de los Estados Unidos, artículos 4, 5 y 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículos 1.154 del Código civil francés y 1.255 del español.

Pueden ser ilustrativos los preceptos contenidos en los artículos 4 y 5 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789:

«La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley» (art. 4).

«La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene» (art. 5).

(8) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 14. *Vid.* también RESCIGNO, *op. cit.*, p. 292.

Según la concepción liberal de la organización económica y social, «la libre disponibilidad de la propiedad es el sistema para acrecentar la riqueza... y permite además a la mayoría acceder al goce de una pluralidad de bienes y así satisfacer las propias. La libre circulación de los bienes y el también juego de las fuerzas económicas crea automáticamente un equilibrio social satisfactorio, y ello sin necesidad de que el ordenamiento jurídico se tenga que preocupar de dirigirlo mediante limitaciones y restricciones a la libertad contractual o, más generalmente, a la iniciativa privada. Esto últi-

Sin embargo, «en el mismo pandectismo (segunda generación) se da un nuevo sentido a la predicada soberanía de la voluntad. El derecho se “comercializa” y se postula la necesidad de atender con preferencia a “la seguridad del tráfico jurídico”. Se mantiene nominalmente el dogma de la voluntad, pero ya no como expresión de respeto a la libertad individual, sino como eficaz instrumento para el desarrollo del comercio. Por ello se atiende a lo declarado y no a lo querido, a la protección del diligente hombre de negocios, y se vuelve a citar en su apoyo la dura regla romana “leges vigilantibus scriptae sunt”» (9). Esto no es otra cosa que el resultado de la mercantilización del Derecho privado, que se verá reforzada en los casos en que se llegue a promulgar códigos unitarios.

Este fenómeno se va a perpetuar, incluso, bajo formas políticas diversas y contrarias al liberalismo político, precisamente para poder salvaguardar, ahora por otras vías, los mismos intereses. Los avances del movimiento obrero, la pujanza creciente de los sindicatos y los partidos políticos que defienden intereses de grupos opuestos a los representados por las formaciones liberales tradicionales —pensemos en la extensión del derecho de sufragio y en el reconocimiento de la negociación colectiva—, determinarán el abandono por parte de los grupos detentadores del poder económico de los postulados liberales y se recurrirá a fórmulas corporativas para dirigir y controlar autoritariamente los procesos económicos, cuando ya los conceptos y las formas abstractas del positivismo conceptualista no sirven para garantizar sus posiciones de predominio (10). De ahí aquella primera funcionalización de la propiedad y del contrato, que aparecen ahora legitimados no tanto en la libertad individual cuanto en el interés superior de la sociedad (11). Como afirman Lipari y colaboradores, lo que, en el fondo, cuenta ahora es garantizar al sistema un funcio-

mo se considera permisible solamente en circunstancias excepcionales, precisamente cuando la ley establezca que un comportamiento es lesivo de un interés general. Fuera de estos casos, la mejor garantía de que produce realmente efectos positivos, es decir, es socialmente útil, consiste en el hecho de que ha sido efectivamente querido por las partes contratantes» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, pp. 298 y 299).

(9) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, pp. 14 y 15. *Vid.* también RESCIGNO, *últ. loc. cit.*

«La fuerte huella del BGB, expresada sobre todo en la inclusión en el texto legal de amplias categorías del obrar en los particulares, expresaba una exigencia de racionalización y, consiguientemente, de certeza en orden a la regulación de las consecuencias jurídicas de los actos de carácter privado; se trataba, en efecto, de que esta normativa estuviera en función de la seguridad y celeridad en los intercambios que era la auténtica base de la fortuna de la burguesía industrial y mercantil» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 300).

(10) «La libertad contractual entendida como la ilimitada capacidad de obligarse dejó de ser una pantalla útil bajo la que pudiera enmascararse y justificarse el predominio del contratante más fuerte, la acción incontrolada de las empresas o la situación de privilegio de los grupos capitalistas» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 310).

(11) «Para conseguir los nuevos objetivos era preciso “dirigir” autoritariamente el sistema económico mediante instrumentos de control que pongan en discusión (aun antes de valorar la regulación concreta de intereses) la propia compatibilidad de la función del acto con los objetivos de la política económica del régimen» (LIPARI y colaboradores, *últ. loc. cit.*).

namiento eficiente más allá y por encima de las propias posiciones individuales (12).

La ley establece, mediante las normas sobre los requisitos de validez y de eficacia del contrato, las condiciones en las que el ordenamiento jurídico reconoce o sanciona favorablemente los efectos de la operación económica regida por el contrato, así como las consecuencias que se derivan de su no conclusión o de su inejecución (13). Al regular estas cuestiones la ley no sólo tiene en cuenta la realización de los intereses y expectativas de los contratantes, considerados como partes de un contrato aislado, sino que también trata de satisfacer intereses u objetivos más generales: la protección de quien actuó de buena fe y confió en la apariencia, la responsabilidad por las propias declaraciones (autorresponsabilidad), la rapidez y la seguridad del tráfico jurídico (la explotación de los recursos y la circulación de la riqueza).

Por otra parte, atender más y dar mayor relevancia a la voluntad de cada contratante constituye, además, una cierta selección de los intereses en conflicto. Con esto queremos decir que el legislador selecciona siempre alguno de estos intereses para su mayor protección frente a los demás, y otro tanto se podría decir de las construcciones teóricas elaboradas por la doctrina.

Así, favorecer una circulación más amplia, rápida y segura de la riqueza supone optar por una mayor posibilidad de introducir bienes en el mercado, lo cual, a su vez, favorece sobre todo a aquellos que habitualmente se dedican a producir y distribuir bienes (14). Más concretamente, las normas que hacen posible que el comercio jurídico reúna esas características favorecen a aquellos que producen bienes para el mercado o que los adquieren para revenderlos. Por el contrario, dirigir la atención a cada contrato en particular y a la voluntad individual, condicionando de alguna forma o sujetando la consolidación o el reconocimiento de las consecuencias finales (ganancias o pérdidas) a la realización de las expectativas y de los objetivos de las partes, pone de relieve una previa selección hecha a favor de una circulación más lenta de la riqueza, donde sea posible repensarse la operación y volver atrás. Esto último favorece, sin embargo, a los trasmisores de bienes que, a su vez, no readquieren otros (no son compradores y revendedores) y a los adquirentes que no revenden porque son los usuarios o los consumidores finales de los bienes.

(12) *Ult. loc. cit.*

(13) «En la ley reconocemos la fuente de validez de la norma negocial: la ley puede ampliar o reducir el campo en el que opera la autonomía privada. Es más, interviniendo posteriormente puede modificar el contenido de una norma negocial ya existente» (FERRI, *op. cit.*, pp. 38 y 39)

(14) «No se trata ya de colocar al mercado en condiciones de concluir ventajosos actos de intercambio; ahora se trata de poner al empresario en condiciones de producir y de introducir en el mercado la mayor cantidad posible de bienes: el criterio inspirador es el de que cuanto más intensa y más rápida sea la circulación de los bienes tanto mayor será la cantidad de bienes que el empresario puede introducir en el mercado, y que su valor será tanto mayor cuanto más segura sea la circulación de la riqueza» (GALGANO, *Negozió giuridico...*, *cit.*, p. 941).

Por consiguiente, mientras que la objetivación del intercambio económico favorece a aquellos grupos o clases que tienen como fuente principal de su riqueza la actividad de producción, transformación o distribución de bienes, la subjetivación del intercambio protege mejor las posiciones de quienes se ven «constreñidos» a realizar el valor de cambio de sus propios bienes, o las de quienes «deben» adquirir para realizar el valor de uso de los productos. Lo cual es tanto como decir que la primera opción es hecha a favor de perceptores de rentas procedentes de actividades empresariales, mientras que la segunda lo sería a favor de las clases en descenso en la jerarquía social y de los consumidores y usuarios (15).

Es por esto que desde el principio hemos sostenido que la teoría de la presuposición no debía ser vista como la única consecuencia posible de la teoría del negocio jurídico, como su corolario «lógico y natural». Por el contrario, entendemos que la elaboración y formulación de la misma supone una previa elección o, quizá, dos (16).

Pretender hacer ver toda la realidad económica del intercambio de bienes y de las prestaciones de servicios a través del filtro de la declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, supone ya una primera elección en favor de una cierta subjetivación del tráfico económico, en la medida en que se afirma que la voluntad de los particulares rige los procesos económicos y proporciona los criterios que establecen los casos en que las consecuencias económicas se convertirán en efectos jurídicos, mediante su reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta subjetivación puede presentarse con un grado de intensidad mayor o menor, en función de que la primacía sea reconocida a la voluntad —entonces, se producirá una subjetivación máxima—, o bien a la declaración —entonces la subjetivación será menor—. Por consiguiente, considerar que debía prevalecer la voluntad, declarada o no, como hacia Windscheid en su teoría de la presuposición, implicaba haber hecho previamente una segunda elección en favor de la máxima subjetivación, puesto que se consideraba relevante la voluntad no declarada a través de la condición no expresada.

Por consiguiente, el resultado de una hipotética recepción de la construcción teórica de Windscheid habría sido el de establecer una

(15) Con toda claridad se ha afirmado que la concepción de la autonomía de la voluntad a que conduce la mercantilización del Derecho privado «en la práctica legislativa y judicial lleva a la creación, fortalecimiento y ampliación de los privilegios en favor de los prestamistas (legislación sobre hipotecas y prenda sin desplazamiento, reserva de dominio), comerciantes, industriales y financieras (quita y espera en la quiebra, regulación de la S.A., negocios y títulos abstractos); mientras que, paralelamente, de modo inexorable se van suprimiendo o podando los privilegios y ventajas jurídicas que aún conservaban labradores, ganaderos y artesanos» (CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 15).

(16) Los juristas persiguen, aun bajo la forma de proposiciones lógicas, una verdadera y propia, y no importa si consciente o inconsciente, política del Derecho (TARRELLI, G., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1971, pp. 15 y ss.).

lenta circulación de la riqueza. Pensamos que habría supuesto la insauración de un ritmo lento en la conclusión de negocios, ya que las partes se habrían encontrado en la necesidad de mantener largas negociaciones con el fin de poder prever todas las circunstancias o eventos, cuya realización o no permitirían a la parte cuyas expectativas hubieren resultado defraudadas pedir la remoción de los efectos de la operación, en la mayor parte de los casos. Es decir, el tráfico económico habría devenido lento o inseguro.

Este planteamiento subjetivista habría favorecido, según lo antes expuesto, a las clases descendentes que desearan conservar sus posiciones y habría perjudicado los intereses de aquellas otras clases ascendentes que pretenden consolidar rápidamente y de forma segura su nuevo poder, ya mediante rápidas y seguras adquisiciones —caso de la nueva burguesía rural—, ya mediante garantías de rapidez y seguridad en el desarrollo de negocios concluidos en el ejercicio de su actividad industrial o comercial —burguesía industrial, comercial o financiera—.

Así pues, lo que hizo Windscheid no fue otra cosa que llevar a sus últimos extremos la idea basilar de la teoría del negocio jurídico: la primacía o el poder de la voluntad de los sujetos. La categoría del negocio jurídico puede ser considerada como el producto más acabado del subjetivismo y, también la más abstracta; mucho más, sin duda, que la ya de por sí abstracta categoría del contrato. Detrás de ella subyace, por lo demás, una visión de la economía y de las relaciones económicas, como si éstas fuesen o debieran ser el resultado de la realización de la libre voluntad de los sujetos (17). Este planteamiento subjetivista y voluntarista favorece, así, a las clases o grupos detentadores del poder económico, precisamente, porque su voluntad y sus intereses son los que, en definitiva, resultan satisfechos en un sistema tal.

Resulta lógico pensar que la burguesía, como clase dominante ya en la época de la codificación alemana, estuviese de acuerdo con la idea basilar. Sin embargo, no podía tener interés alguno en llevar el voluntarismo a un grado tal de subjetivación que no le permitiese conseguir el más intenso aprovechamiento posible de los recursos económicos. Este podía verse amenazado o dificultado sobremanera si, en cada operación destinada a la explotación de los mismos, hubiese tenido que atender a los intereses reales o a las expectativas, declaradas o no, de los titulares de esos recursos, cuando la concurrencia o el consentimiento de estos últimos fuese necesario para explotarlos.

Creemos que estas consideraciones requieren una explicación más detenida.

(17) «E vediamo altresì come non meno falsante divenga la costruzione giuridica di una nozione generica, proprio perché soltando formalizzante, como la nozione di negozio giuridico, tipica costruzione generalizzante senza contenuti storici: una astrazione-volatilizzazione del reale» (CERRONI, U., *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, «Democrazia e Diritto», 1964, p. 487).

Sobre la elaboración de la categoría de negocio jurídico, su difusión y superación, vid. GALGANO, *últ. op. cit.*, pp. 932 y ss.

El reconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato (18) y, sobre todo, la afirmación según la cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes (19), comporta, al menos, dos consecuencias: de una parte, la sujeción de los contratantes a todo cuando ha sido pactado y, de otra, la irrelevancia de lo que ha quedado fuera del reglamento contractual. Este doble orden de consecuencias es lo que nos permite diferenciar el reconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato y la proclamación de la fuerza de ley de las obligaciones que surgen de él, así como su respectiva razón de ser.

Con lo primero se pretendía, fundamentalmente, superar la distinción de base romana entre pactos y contratos, contratos nominados e innominados, disponiendo en cambio que, en principio, el mutuo acuerdo es suficiente para vincular a los sujetos (20). En definitiva, se trata de una manifestación del principio consensualista y espiritualista.

Con la segunda afirmación, cuya significación real en la práctica quedó por debajo de lo que podía desprenderse de su tenor literal, se pretendió impedir que consideraciones de equidad o de justicia excluyeran la aplicación de la *lex contracta*, mientras las partes no hubiesen acordado desvincularse del contrato o éste resultase inválido o ineficaz por alguna de las causas taxativamente fijadas por la ley. Y esa proclamación, parece, iba dirigida fundamentalmente al juez

(18) Que el contrato es fuente de obligaciones se establece en los artículos 1.097 del Código civil italiano de 1865, 1.089 del español y 1.173 del italiano de 1942.

(19) Que las obligaciones que surgen del contrato tienen fuerza de ley entre los contratantes es algo que ya se afirmaba en la doctrina francesa anterior al Code: «les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loix à ceux qui les ont faites... elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement ...» (DOMAT, *op. cit.*, lib. I, tit. I, secc. II, 7).

El Code recogió esta idea y la reprodujo casi literalmente: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise» (art. 1.134, 1 y 2)

Esta regla fue reproducida por los artículos 1.123 del Código civil italiano de 1865 y 1.372 de 1942.

Entre nosotros, el proyecto de Código civil de 1836 no recogió esa declaración y sólo habló de la fuerza obligatoria del contrato: «Todos los contratos, ya tengan nombre propio, ya sean innominados, producen obligación y están sujetos a las reglas generales» (art. 962).

También el proyecto de 1851 se limitó a formular la regla de la obligatoriedad de los contratos: «todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado» (art. 974).

Fue en el anteproyecto de libros III y IV del Código civil de 1885-88 donde se proclamó la fuerza de ley que los contratos tienen entre las partes: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.108).

El Código civil en su redacción definitiva reproducirá la norma del anteproyecto en su artículo 1.091.

Pero, con todo, la recepción de la fórmula francesa ya había tenido lugar en la doctrina: «las convenciones legítimas son ley para los contratantes y para sus herederos, quienes no pueden revocarlas sino de común acuerdo, o por las causas marcadas en el Derecho ...» (GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo II, 5.^a ed., Madrid, 1855, p. 142).

(20) *Vid.* artículos 962 del proyecto de 1836 y 974 del de 1851. Expresamente lo afirman Gómez de la Serna y Montalbán (*op. cit.*, t. cit., p. 130).

que, así, quedaba “sometido” también a esa *lex privata* (21). Nos parece que ésta fue la significación real y efectiva de tal disposición, una vez superados o corregidos los “excesos” de las primeras épocas (22).

El primero de estos significados —la sujeción o vinculación de las partes a lo pactado— debe ser puesto en relación con el dogma de la voluntad y con el reconocimiento de la libertad contractual, entendida como poder de decidir sobre la conclusión de un contrato o como poder de conformar su contenido. Se ha dicho que el fundamento de esta libertad era el poder de autoobligarse (23), pero desde posiciones más críticas se ha mostrado lo irreal de esa explicación (24).

(21) «Las partes contratantes quedan obligadas a cumplir sus acuerdos, quedan vinculadas como lo estarían en virtud de una ley; no pueden reclamar en nombre de la equidad, y si lo hacen el Juez no podría escuchar sus reclamaciones. El Juez, por tanto, está vinculado por las convenciones de las partes contratantes, como si se tratara de leyes. El no puede aportar en ellas modificación alguna en nombre de la equidad» (LAURENT, F., *Principies de Droit civil française*, tomo XVI, 3.ª ed., Bruxelles-París, 1878, p. 239). En idéntico sentido, *vid.* BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, «Des obligations», tomo I, 3.ª ed., París, 1906, p. 382.

(22) Domat consideraba que la norma que reconoce la fuerza legal de las convenciones es una ley natural de la que el espíritu está persuadido por la evidencia de la verdad (*op. cit.*, p. 29).

«La ley sanciona las convenciones, les presta toda su fuerza; en una palabra, las erige en leyes... Esta ley, siempre que el contrato sea auténtico, es decir, si está otorgado ante un funcionario público competente para acreditar su existencia, es como las leyes generales ejecutada en nombre del rey, que ordena a la fuerza pública prestar su “mainforte” a su ejecución» (TOULLIER, C. B. M., *Droit civil française suivant l'Ordre du Code*, tomo VI, 5.ª ed., París, 1930, pp. 200 y 201).

Llegó, incluso, a admitirse la posibilidad de llevar a la Corte de casación las sentencias que violen o interpreten falsamente el contrato, la *lex contracta*. Pero pronto se cambió de criterio, considerando que el contrato era una ley de interés privado cuya violación no da lugar a la casación de la sentencia, salvo que haya sido directamente violada una ley, porque la Corte de casación fue establecida para reprimir violaciones de la ley general (*vid.* DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, traducción por P. Liberatore, vol. V., Napoli, 1982, p. 109; LAURENT, *op. cit.*, t. cit., p. 242; MARCADÉ, V., *Explication du Code civil*, tomo IV, 7.ª ed., París, 1973, pp. 402 y 403; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. cit., pp. 384 y ss.).

(23) Aunque de forma un tanto matizada es esta la idea que subyace en el siguiente texto: «El individuo sólo puede existir socialmente como personalidad cuando le sea reconocida por los demás no sólo su esfera de la personalidad y de la propiedad, sino cuando, además, pueda en principio reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales y, en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido. Al ponerse ambas partes, por propia y libre voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas estarán en situación de velar así por su propio interés: existe una cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto es razonable y justo» (LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 65).

(24) «... según el significado que le es atribuido por la doctrina “corriente”, implica la idea de un poder de los contratantes para determinar libremente, dentro de ciertos límites, el contenido del contrato (nominado) o las correspondientes cláusulas y de concluir contratos innominados o atípicos.

Si se puede hablar de poder (de determinar libremente el contenido, las cláusulas, etc.), éste es el poder del acreedor *in fieri*, de cada contratante como posición activa: el poder de imponer el contenido del contrato, condiciones, cláusulas (medida y moda-

Por su parte, el segundo de esos significados —la irrelevancia de lo que quedó fuera del reglamento contractual— debe ser puesto en relación con el dogma de la irrelevancia de los motivos de los contratantes y con la libertad contractual entendida ahora como la inadmisibilidad de vínculos no queridos o no consentidos.

Pues bien, detrás del dogma de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, cuyas manifestaciones más evidentes son las abstracciones construidas con la elaboración de las categorías del contrato y del negocio jurídico, se encuentran los intereses de quienes se saben poseedores de una voluntad más fuerte; sin duda, son ellos los que resultan más favorecidos. De hecho, en la realidad del tráfico económico, donde los bienes son limitados y las necesidades a satisfacer con tales bienes son, en cambio, ilimitadas, aquellos que poseen los recursos económicos (los medios de producción) se encuentran en una situación más ventajosa, pues se hallan en grado de decidir cuándo y cómo concluir negocios: en este sentido es en el que decimos que poseen una voluntad más fuerte.

He aquí, por tanto, la razón por la que las operaciones económicas, cuando son contempladas desde una óptica voluntarista, hablando de una voluntad en abstracto sin determinar a quién coesponde, no conduce sino a prescindir de la realidad, tratando de proporcionar así una instancia de legitimación de los resultados de la operación: la conservación o el aumento del poder económico por parte de quienes ya lo detentan o creen hallarse en condiciones para adquirirlo y, en definitiva, el control de la economía por parte de quien sabe que puede imponer su voluntad o hacer prevalecer sus intereses, pues detrás de sí tiene una posición económica más ventajosa (25). Esta forma de ver las cosas tiene su punto de partida o fundamento en la previa equiparación formal o jurídica de todos los sujetos de derecho. La categoría del sujeto de derecho permitía referirse a ese ente abstracto prescindiendo de la realidad (26), posibilitando la igualación for-

lidades de la contraprestación, etc.) a cargo del otro contratante y de exigir su observancia, en base a la confianza que la ley da al primero de intervenir, en su caso, para hacerlas observar; y no el pretendido poder del promitente como tal de autoobligarse, de crear (mediatamente) el efecto jurídico.

Hablar de un poder de autonomía “de los contratantes” en plural, esto es, como binomio no tiene sentido, puesto que si los contratantes están de acuerdo no sólo en estipular, sino también en observar el contrato, éstos no tienen necesidad de la intervención del Derecho para respetarlo. Aquel plural tiene sentido solamente en cuanto signifique que, en los susodichos contratos de intercambio en sentido lato, cada contratante, en cuanto posición activa o acreedor, tiene el poder de imponer el contenido del contrato que le interesa y de exigir de la otra parte su observancia» (GORLA, *op. cit.*, p. 276).

Estas consideraciones han llevado a otros a afirmar que «la tutela de la libertad contractual y, por tanto, la afirmación de la teoría de la voluntad, de la eficacia vinculante del acuerdo, significa que la clase o categoría de los acreedores ha vencido la batalla frente a los propietarios-deudores: la contraposición es, por consiguiente, entre propietarios y comerciantes» (BARCELONA, *últ. op. cit.*, p. 261).

(25) *Vid.* DIEZ-PICAZO, *últ. op. cit.*, vol. cit., pp. 96 y 97.

(26) Una manifestación, ciertamente matizada, de este punto de vista puede apreciarse en el presente texto: «Este es el verdadero sentido de la “libertad contractual”:

mal, pero prescindiendo de la situación de desigualdad real en las posiciones de partida: permitía, pues tratar como iguales a los desiguales, lo cual favorece a los que se encontraban en situación de decidir cuándo y cómo contratar (27).

El planteamiento voluntarista, por tanto, legitima la conversión del poder económico en poder contractual y, como consecuencia, en poder jurídico, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato. Es así como se consigue garantizar la conversión del poder económico en el de concluir contratos ventajosos —esto se lograría con el artículo 1.255 del Código civil—, que deberán ser respetados por la contraparte y cuyos resultados (los de la operación económica) serán reconocidos por el ordenamiento jurídico —esto se logra con los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil—.

Sin embargo, esta construcción está necesitada de un complemento para asegurar su efectividad. Esta pretendida efectividad es la que exige la operatividad de instrumento formal que regula directamente las transferencias de bienes y las prestaciones de servicios, y al que el ordenamiento reconoce eficacia jurídica: el contrato. No es difícil ni ilógico pensar que lo convenido reflejará la respectiva situación económica de los contratantes y, por consiguiente, la parte más poderosa tendrá verdadero interés en la observancia más escrupulosa posible del contrato, lo que es tanto como decir que estará interesada en sujetar a la otra parte a la más exacta ejecución del mismo.

Recordemos, por ejemplo, la interpretación que la doctrina fran-

que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)» (LARENZ, *últ. op. cit.*, p. 66).

(27) Los siguientes textos son altamente reveladores:

«El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice, igualdad de fuerzas y libertad de discusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte» (RIPERT, *últ. op. cit.*, p. 39).

«Para realizar estas exigencias, esto es, la generalización de las relaciones de intercambio, de la movilidad social, o la tutela del crédito, era necesaria una máxima abstracción de la figura del contrato, un máximo esfuerzo por parte de los juristas: abstracción de las condiciones subjetivas y particulares, abstracción del objeto de la relación. Crear, pues, una figura general idónea para comprenderlas a todas las relaciones entre los asociados: el negocio jurídico es realmente esa abstracción, que consiste en una simple declaración de voluntad dirigida a un fin práctico, tutelado por el ordenamiento. No cuenta ya la cualidad del sujeto, si pertenece o no a una cierta clase, si es rico o si es pobre; es precisamente el sujeto abstracto lo que corresponde a la abstracción del intercambio; no cuentan ya los valores de uso, sino sólo el parámetro del intercambio, la equivalencia de las mercancías» (BARCELLONA, *últ. op. cit.*, p. 261).

«El proceso de abstracción, del que nace la categoría, se encuadra en el más amplio proceso que a través de la abstracción va dirigido a la igualación formal del derecho. Es el proceso iniciado por la codificación francesa: el objetivo es el de realizar un derecho igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase; un derecho pensado en función de la unidad del sujeto jurídico» (GALGANO, *Il Diritto privato...*, *cit.*, p. 65).

cesa dio al precepto contenido en el artículo 1.134-1 del Code, sancionador de la fuerza de ley que el contrato despliega entre los contratantes: el Juez quedaba vinculado por la ley privada y no podía restarle validez o eficacia en base a consideraciones de equidad. Es más, también obedeció a la misma razón, nos parece, la interpretación que se hizo de la buena fe en la ejecución del contrato (28), así como de la referencia a los usos y a la equidad como fuente de integración del contrato (29).

Tanto la buena fe como la equidad fueron entendidas en un sentido meramente subjetivo: el contrato tenía por contenido no sólo lo expresamente pactado, sino también todo aquello que, razonablemente, pudiera deducirse de los términos del acuerdo, de manera que la buena fe y la equidad tendrían una función no propiamente integradora, sino interpretativa (30). De esta forma, era nuevamente la voluntad privada la relación de fuerzas que resultaba del contrato lo que, nuevamente, regía la operación económica, ahora, mediante el recurso a la buena fe y a la equidad (31).

En esta situación, por lo tanto, sostener el dogma de la irrelevancia de los motivos (32) suponía afirmar la irrelevancia de las expectativas de la parte económicamente más débil porque, normalmente, la parte económicamente más fuerte habrá actuado de modo tal que habrá logrado garantizarse la satisfacción de buena parte de sus intereses y expectativas o, al menos, habrá previsto las consecuencias de su frustración (cláusulas resolutorias, facultad de denuncia, cláusulas de revisión, de garantía...). Mientras tanto, los intereses de la otra parte habrían quedado, en todo o en parte, desprotegidos en cuanto

(28) «Elles (las convenciones) doivent être exécutées de bonne foi» (art. 1.134-3).

(29) «Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature» (art. 1.135).

(30) En este sentido es interesante la crítica que en el Conseil d'Etat hizo Lacuée al texto del artículo 1.135 y la réplica de Cambecères. El primero temía por la inseguridad y la falta de certeza de contenido de las obligaciones que podían surgir del contrato, pero el segundo procuraba tranquilizarlo sosteniendo que la remisión a los usos debía entenderse hecha, diríamos hoy, en clave interpretativa y no integradora (*vid. FENET, P. A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XIII, Osanbrück, 1968, p. 54), planteamiento que fue el seguido por la doctrina posterior (*vid. ZICCARDI, F., L'integrazione del contratto*, «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile», 1969, pp. 123 y ss).

Ciertamente, también se pretendía superar en sede contractual la distinción de base romana entre acciones *stricti iuris* y acciones *ex fide bona*, para afirmar que de todos los contratos surgen obligaciones que han de ser ejecutadas de buena fe (*vid. TULLIER, op. cit., t. cit.*, pp. 207 y 208).

(31) Como en su momento explicaremos, algo parecido sucede en nuestro Derecho, por lo que se refiere al papel que, según el Código civil, juegan la buena fe y la equidad en la integración e interpretación de los contratos (arts. 1.258 y 1.289). Por ahora, baste indicar que la equidad no aparece como criterio de integración, sino como un criterio residual de interpretación de los contratos.

(32) En nuestro Derecho puede considerarse recogido implícitamente en la regulación de la causa del contrato. El precepto contenido en el artículo 1.274 no hace, salvo en lo relativo a las liberalidades, referencia alguna a los motivos: la causa de los contratos onerosos resulta, pues, totalmente objetivada.

fueren incompatibles con los de la otra, frente a su posible no realización.

Cuando las partes del contrato tienen un poder contractual similar la irrelevancia de los motivos no expresados comporta una garantía de estabilidad que permite a cada parte planificar su actividad futura sobre bases más seguras. Si se trata de sujetos dotados de un fuerte poder económico (contratos entre grandes empresas o entre entes públicos y éstas) los planes así elaborados serán después impuestos a los sujetos económicamente dependientes de aquéllos (33).

He ahí, pues, cómo esta ambivalencia del principio de irrelevancia de los motivos es garantía de la seguridad del tráfico económico, en el sentido de certeza en el desarrollo de las operaciones económicas conforme a los intereses o planes de la parte que ostentaba el poder de determinar o predeterminar, según los casos, el reglamento contractual. Ello pone también de manifiesto la función del contrato como categoría unitaria, pues presenta como innecesaria la distinción de supuestos en función de la relación de fuerzas entre las partes contratantes (34).

Así pues, podemos afirmar que, en primer lugar, el dogma de la voluntad venía a legitimar, procurando un sustrato teórico y jurídico-formal, la conversión del poder económico en poder contractual, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En segundo lugar, ese poder contractual se convertía en poder jurídico mediante el reconocimiento de la fuerza obligatoria «legal» del contrato. Y, en tercer lugar, con el dogma de la irrelevancia de los motivos no expresados se aseguraba la efectividad de aquel poder, su no vanificación.

Lo dicho hasta aquí podría explicar el acogimiento por el Código civil alemán de la teoría del negocio jurídico y el rechazo, no obstante, de la teoría de la presuposición por los codificadores alemanes

(33) Es decir, no es lo que resulta de las operaciones económicas de una gran empresa con otras empresas auxiliares o con los consumidores o usuarios, lo que determina el contenido de sus operaciones con las otras grandes empresas, sino, precisamente, todo lo contrario. Que ello es así nos lo demuestra el hecho de que los contratos entre grandes empresas son larga y detenidamente negociados y suelen prever sistemas de renegociación o de revisión para el caso de sobrevenida de circunstancias que alteran notablemente el equilibrio de intereses alcanzado (vid. FRIGNANI, A., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, «Rivista di Diritto civile», 1979, 1, pp. 680 y ss.). Mientras esto es así, la contratación con los auxiliares o con los consumidores y usuarios suele hacerse mediante contratos de adhesión cuyo contenido viene prefigurado por la parte más fuerte mediante condiciones generales.

(34) «Precisamente la reciente tentativa de recuperar el sentido del contrato como instrumento de una determinada civilización económica..., confirma que el valor, o bien la significación del contrato no es siempre idéntica, sino que varía de acuerdo con la variación de las situaciones en que opera, de la posición de las partes, del tipo de bien» (LIPARI y colaboradores, *op. cit.*, p. 363).

No sólo el negocio jurídico, «sino también el contrato, es una categoría sólo formalmente unificable, dada su diversa fenomenología. También en este caso la unificación conceptual debería hacerse en función de las diferencias reales que las singulares estructuras contractuales presenta» (CERRONI, *op. cit.*, p. 487).

del siglo pasado. Si bien esta teoría no contradecía directamente el dogma de la irrelevancia de los motivos, en realidad, sí entrañaba una cierta amenaza para el interés que con él se pretendía asegurar: la seguridad del tráfico en las operaciones de intercambio de bienes o de prestación de servicios. Es decir, con la teoría de la presuposición quedaba de alguna manera roto el equilibrio de intereses a cuya composición servía la teoría del negocio jurídico y la irrelevancia de los motivos. Muy al contrario, con la presuposición se hubiera dado lugar a una excesiva subjetivación del intercambio y el coste habría sido muy elevado: la circulación de la riqueza habría resultado lenta o insegura.

El mismo Windscheid parecía ser consciente de la no del todo clara diferenciación entre la presuposición y los motivos, como parecen delatar sus frecuentes intentos de diferenciarlos. Así, es un tema en él recurrente cuál sea la distinción última entre error en los motivos, irrelevante como regla general, y la presuposición, pues tampoco las considera cuestiones inconexas, ya que, como él mismo afirma, el error en los motivos sólo es relevante cuando el motivo ha sido elevado a la categoría de presuposición (35). El fundamento de la relevancia del error no es el error mismo, sino que, como consecuencia de él, haya sido declarada una voluntad que no es la propiamente real, mientras que el fundamento de la relevancia de la presuposición es la existencia de una limitación de la voluntad que, aunque no llega a ser una condición expresa, sin la contemplación de esa circunstancia presupuesta (pasada, presente o futura) no habría sido emitida la declaración (36). Y así es como trata de limitar los supuestos de ineficacia por error en los motivos a aquellos en los que de la declaración de voluntad pueda deducirse que, detrás de la voluntad declarada, hay otra, la verdaderamente real, en la que ese motivo fue considerado como presuposición (37).

Resultaba, pues, notablemente difícil o excesivamente sutil la distinción entre lo que debía ser un motivo irrelevante y la presuposición. Es más, ésta no parece ser otra cosa que un motivo que se diferencia de los demás por ser condicionante del querer, pero que, al igual que los demás, no pasa a exteriorizarse para convertirse en una condición. No es difícil, por consiguiente, explicarse el rechazo de la presuposición por parte de la comisión que elaboró el texto definitivo del proyecto de Código civil alemán, por considerar peligrosa tal teoría (38). Pero es que, además, como ya hemos dicho, aunque la presuposición fuese conocida por la otra parte o, incluso,

(35) *Die Lehre...*, cit., p. 4.

(36) WINDSCHEID, *últ. op. cit.*, pp. 5, 202 y 203.

(37) WINDSCHEID, *últ. op. cit.*, p. 6.

(38) De admitir la relevancia de la presuposición «existiría el peligro de que al sentenciar desapareciese la distinción entre presuposición y motivo, y que equivocadamente la práctica terminase por conceder influencia a un móvil exterior al contrato» (Exposición de motivos del segundo proyecto de Código civil alemán, en «Fadda y Bensa», *loc. cit.*, p. 567).

comunicada a ella, tampoco así pasaría a formar parte, sin más, del contenido del contrato, porque una cosa es conocerla y otra acordar una cláusula de garantía para el caso de que no llegase a realizarse. La teoría de la presuposición no parece encajar en los esquemas del tráfico oneroso (39).

Vemos, así, cómo una vez más la afirmación de dogmas o el rechazo de construcciones teóricas no constituyen algo neutro o inocuo, sino que comportan, consciente o inconscientemente, elecciones entre diversos intereses en conflicto, así como la búsqueda de instrumentos o de expedientes de legitimación de la situación que se quiere imponer o conservar (40).

Las concepciones sociales modernas que rechazan el liberalismo socio-económico del ochocientos coinciden en la crítica de que la pandectística, con sus principios de autonomía de la voluntad y de libertad de la propiedad, se convirtió en un instrumento de la sociedad clasista burguesa, no habiendo sabido impedir el abuso de las abstracciones que elaboró (41).

No obstante, las tendencias conservadoras de la mayor parte de sus fundadores, el positivismo jurídico se encontró —¿inconscientemente?— en armonía con las reivindicaciones políticas y económicas del liberalismo: los conceptos fundamentales de autonomía privada, derecho subjetivo, propiedad, etc. jugaron a favor de la clase empresarial (42).

Estas reflexiones pretenden mostrar cómo la teoría de la presuposición, si bien parece contener la construcción más coherente en el plano teórico con la afirmación del dogma de la voluntad, en el plano de los intereses no sucedía lo mismo. Windscheid llevó a su extremo el subjetivismo voluntarista, y acabó por referir a la voluntad

(39) En las liberalidades parece tener mayores posibilidades de encajar, pues en ellas se atiende, principalmente, a la voluntad de su autor y no tanto a la protección de la buena fe del favorecido por ellas, que no es una contraparte como en los contratos con prestaciones recíprocas.

Así, por ejemplo, la relevancia causal que se reconoce al ánimo liberal en las donaciones (arts. 1.274 y 618 C.c.) las convierte en posible caldo de cultivo de presuposiciones relevantes, en la medida en que los motivos no expresados puedan ser considerados como condicionantes del ánimo liberal.

En la sucesión testamentaria el terreno está todavía más abonado para la relevancia de la presuposición, por la necesidad de indagar siempre cuál fue la voluntad real del testador y su papel rector o soberano del proceso hereditario (*vid.* art. 675-1 C.c.).

(40) «El carácter abstracto del Derecho privado y el principio de la autonomía privada hacían posibles las “libres” contrataciones en materia de trabajo y de arrendamiento, el ilimitado endeudamiento de las personas y de las propiedades, la división hereditaria y la pulverización del patrimonio, representaba una ventaja para grupos económicos financieros, comerciales e industriales en expansión en detrimento de las profesiones y de las clases menos privilegiadas ...» (WIEACKER, *op. cit.*, vol. cit., p. 139).

(41) WIEACKER, *últ. loc. cit.*, pp. 139 y 140.

(42) CASTRO Y BRAVO, *últ. op. cit.*, p. 15; WIEACKER, *últ. loc. cit.*, p. 140.

todo lo que sucediese en el desarrollo de la operación económica (43). Lo que sucedió es que, de esta forma, dejó insatisfechas las «exigencias» de seguridad en las relaciones económicas (44), y ello determinó su rechazo por los codificadores alemanes (45).

Este rechazo puede ser interpretado como el inicio de un proceso hacia la objetivación del comercio jurídico (46). Ello no haría sino reflejar o favorecer los intereses de la burguesía industrial, comercial y financiera, cada vez más interesada en la más completa explotación de los recursos y en la seguridad, amplitud y rapidez de la circulación de la riqueza. Por el contrario, teorías como la de la presuposición favorecen a grupos o clases que no tienen la fuente principal de su riqueza en actividades de transformación o de intermediación: terratenientes no empresarios, artesanos, consumidores y usuarios; unos y

(43) «El planteamiento dogmático constituyó la consecuencia de la verdadera y propia mística de la voluntad que ha llevado a la Pandectística a plantear el problema de una nueva forma, como que la exigencia a satisfacer no es la de controlar la compatibilidad entre ciertas circunstancias y el cumplimiento, sino mejor la de condicionar los efectos del contrato a las suposiciones de las partes, también cuando éstas recayesen sobre un estado de cosas olvidado por sus cláusulas. En otras palabras, según la Pandectística, el objetivo a perseguir no era tanto la elaboración de una técnica útil para verificar la coherencia entre los eventuales efectos del cumplimiento y el plano de la autonomía privada expreso en el contenido del contrato, cuanto la predisposición de los instrumentos necesarios para garantizar la relevancia de las intenciones de los contratantes, también cuando éstas no fueron expresadas» (BESSONE, *Adempimento...*, *cit.*, p. 59).

(44) «En otros términos, es el problema de componer el conflicto de intereses entre el promitente, cuyo interés (también desde un punto de vista subjetivo) haya devenido el de sustraerse a la promesa o de aligerar su peso, y el del promisorio por la confianza que éste depositó en ello... Toda limitación o requisito para la eficacia jurídica de la promesa (forma, causa suficiente, consideration en el common law) constituye una limitación no de aquel pretendido poder de la voluntad del promitente, sino de la expectativa, de la confianza del promisorio, y también del poder de éste de procurarse un derecho de crédito con el contrato de intercambio» (GORLA, *op. cit.*, p. 270).

(45) No sólo en el Derecho alemán, sino en cualquier otro, no se lleva a cabo una absolutivización de un único principio o valor. Siempre, en mayor o menor medida, se recogen, coordinándolos o subordinándolos, diversos valores, aun contradictorios entre sí. Por ello, el jurista, el intérprete, busca determinar si esos intereses o valores se hallan en situación de paridad o de subordinación, precisando de esta forma si hay o no contradicción o si la protección de un interés es la regla general y la del otro la excepción (*vid.* BARCELONA, *últ. op. cit.*, pp. 354-360).

(46) «... a la teoría de la voluntad, dominante en la primera mitad del siglo, la sustituye la teoría de la declaración, que afirma la prevalencia de la declaración sobre la divergente voluntad del declarante. La clase de propietarios rurales ha perdido gran parte de su poder; ahora es la burguesía industrial la que domina de forma casi inconstada: la relación social sobre la que ejercitar una mediación conceptual no es tanto la que contraponen al empresario con el propietario de las materias primas cuanto la relación entre el empresario y los consumidores. La atención del jurista está ahora dirigida al momento de la circulación; el interés a satisfacer no es ya el interés por comprar, sino el interés por vender, y por vender en la mayor cantidad posible. Se inicia con la teoría de la declaración un proceso de objetivación del intercambio, que tiende a perder sus originarios caracteres de voluntariedad.

La categoría del negocio jurídico actúa como instrumento de coordinación de los intereses contrapuestos, aunque el punto de equilibrio comienza a desplazarse más claramente del lado de los intereses mercantiles» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 70).

otros están interesados en una máxima subjetivación del intercambio. Y es que ésta les permitiría romper los vínculos contractuales en caso de insatisfacción de intereses objetivos no contemplados en las cláusulas del contrato, debido a su menor poder contractual. Sin embargo, lo que prevaleció en la redacción del «BGB» fue la protección y la garantía de la seguridad del tráfico y, por consiguiente, la irrelevancia de los motivos no expresados, aunque se presentasen bajo la forma de la condición presupuesta.

Por su parte, el Código civil italiano de 1942 trata de garantizar, de modo todavía más evidente, que la riqueza circule con rapidez, amplitud y seguridad. Ello, por una parte, determina el reforzamiento del instrumento contractual, que es así llamado a regir las operaciones económicas conforme a lo pactado y, por otra, supone un debilitamiento del papel de la llamada voluntad real cuando no es deducible mediante interpretación del reglamento contractual.

Lo anteriormente expuesto puede ayudar a comprender por qué, precisamente, en Italia haya surgido, como dimos cuenta de ello al final del capítulo anterior, una serie de autores que reivindicán el papel positivo que puede desempeñar la presuposición ligada a la causa del contrato, en orden a consentir una distribución más equitativa del riesgo contractual.

Por una parte está la objetivación del tráfico, esto es, la protección prioritaria de su amplitud, rapidez y seguridad, lo cual favorece, sobre todo, los intereses de la producción y del comercio, frente a los de los consumidores y usuarios. Por otra, la conciencia de la función última que hoy desempeña la figura del contrato como categoría unitaria y, por tanto, su crisis ante la evidencia de una más realista distinción entre contratos de adhesión celebrados entre sujetos dotados de un poder económico muy desigual, y los contratos aislados producto de tratos y discusiones preliminares, donde es realmente posible influir en la configuración de su contenido y, por tanto, no es irreal hablar de un acuerdo de voluntades (47).

Pues bien, ante esta situación, la reivindicación de la presuposición unida a la causa del contrato presenta, ahora, interesantes posibilidades:

En primer lugar, entraña un reforzamiento de la causa del contrato, esto es, de su elemento social, frente o al lado del elemento individual, constituido por el acuerdo de voluntades. Ello consiente una ampliación de los medios de control heterónomo de la circulación de la riqueza operada mediante contratos. Además, confirma la idea de que el contrato es un instrumento que puede servir para la realización no sólo de intereses individuales de los contratantes, sino también de intereses sociales supraindividuales públicos (generales) o privados (sectoriales) (48).

(47) Sobre la crisis del contrato como categoría unitaria *vid. GALGANO, últ. op. cit.*, pp. 79 y ss.

(48) *Vid. RODOÀ, S.: Le fonti di integrazione del contratto*, en «Studi di Diritto civile», dirigidos por R. Nicolò y F. Snatoro-Passarelli, tomo VI, Milano, 1969, pp. 76 y ss. y 86 y ss.

En segundo lugar, el reconocimiento de la relevancia a la presuposición permitiría otorgar significación causal a los presupuestos de la iniciativa contractual, extendiendo el ámbito de la operatividad de la causa más allá de la realización de la función económico-social del tipo contractual en el momento de la formación del contrato, para controlar también su realización a lo largo de su ejecución.

En tercer lugar, la causa actuaría de límite más allá del cual la presuposición sería irrelevante, de manera que no sería atendible si de su relevancia resultase desmentida la función económico-social del contrato.

Finalmente, aunque fuese al amparo de la causa, se lograría poner límites a la objetivación del tráfico que, por ejemplo, impidiesen el desconocimiento de los intereses de la parte más débil en los contratos de adhesión, aunque no estuviesen expresamente garantizados en el instrumento contractual (49).

Es así como algo que en la segunda mitad del siglo pasado pudo ser tildado de reaccionario, hoy es reivindicado como progresivo. No es por causalidad que esto sea así. Cuando la teoría de la presuposición fue formulada la burguesía pretendía afianzar su poder frente a las estructuras de la sociedad estamental y frente a las trabas que en ella se imponían a la libertad y seguridad en los negocios, esto es, en la explotación de los recursos económicos y en el desarrollo del comercio. Hoy, en las modernas sociedades posindustriales, el interés emergente es el de los consumidores, usuarios y prestatarios de servicios, y se trata de poner límites o de contrarrestar el poder de los grandes grupos industriales, comerciales o financieros.

(49) «La defensa del contratante débil tiene aún un sentido: reevaluar la voluntad a expensas de la necesidad, frenando el proceso de objetivación del intercambio son —en este orden de relaciones (el ajeno a la producción en masa y a la contratación en serie)— objetivos de política del derecho que pueden y deben ser perseguidos. Pero son objetivos realizables sólo a través de una operación doctrinal de ruptura de la teoría general del contrato y de reconstrucción de una teoría del contrato aislado» frente al contrato en serie «fundada sobre un “máximo” de consenso» (GALGANO, *últ. op. cit.*, p. 83).

Con la última expresión se está insistiendo en la idea de reevaluar, en ese ámbito de relaciones, el papel de la voluntad. Pues bien, entendemos que una manifestación de esa línea de política del Derecho que el autor citado propone es la revalorización de la presuposición, mediante su encuadramiento en la causa del contrato.

CAPITULO IV

EL RIESGO CONTRACTUAL

1. EL RIESGO CONTRACTUAL EN SENTIDO AMPLIO

Se dice que en la naturaleza no existen riesgos ni peligros, sino sólo fenómenos a los que siguen otros fenómenos. La posibilidad de un evento se califica como riesgo sólo cuando el evento incide sobre un interés subjetivo, de forma que el riesgo o peligro puede ser entendido como la posibilidad de un evento favorable o desfavorable (1).

Con la expresión «riesgo contractual en sentido amplio» queremos referirnos al peligro de insatisfacción de los intereses o de la frustración de las expectativas que una o ambas partes habían pretendido realizar con la puesta en marcha de la operación económica regida por el contrato, como consecuencia de la existencia de ciertas circunstancias o de la sobrevenida de ciertos eventos alteradores del programa económico de los contratantes. En definitiva, con la expresión empleada entendemos referirnos al peligro de frustración de una operación económica.

A nuestro modo de ver, la cuestión debe ser planteada en los siguientes términos: frustrada la operación económica, esto es, insatisfechos los intereses de las partes, ¿cuáles son los supuestos en que el ordenamiento jurídico lo considera relevante, consintiendo al perjudicado desvincularse del contrato u obtener su modificación? O, en general, ¿cuándo prevé el ordenamiento jurídico que la frustración de expectativas o intereses de una de las partes pueda ser hecha por ésta frente a la otra? Y, también, ¿cuáles son y cómo operan los mecanismos predispuestos por el ordenamiento jurídico para los casos que haya considerado merecedores de tutela o relevancia jurídica?

Nos parece, pues, que el primer plano de la cuestión estaría constituido por la frustración de la operación económica, esto es, por la no satisfacción de los intereses o expectativas de una o de ambas

(1) GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, pp. 71, 73 y 74. Vid. NICOLA, R.: *Alea*, «Enciclopedia del Diritto», vol. I, 1958, p. 1024.

También ha sido definido como «la consecuencia económica de un evento incierto» (SALANDRA, V.: *Dell'assicurazione, comentario de Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, pp. 236 y ss.).

partes. En este nivel estrictamente económico habrá que tener en cuenta todos los intereses y todas las expectativas de cada una de las partes, para decidir si se ha producido o no tal frustración.

Un segundo plano sería el de la selección de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico considera relevante la frustración de la operación económica. En este nivel propiamente jurídico será necesario distinguir entre intereses o expectativas cuya satisfacción o insatisfacción deba ser relevante según los criterios predispuestos por el ordenamiento.

Y el tercer plano estaría constituido por las diversas formas de reacción del sistema jurídico frente a la frustración de la operación económica, cuando haya sido considerada relevante jurídicamente. En este nivel habrá de verse las formas en que la relevante insatisfacción de los intereses o de las expectativas influye sobre la relación contractual, eventualmente existente entre ellos.

En este concepto amplio de riesgo contractual puede considerarse comprendidas innumerables hipótesis de frustración de la operación económica puesta en marcha. Con todo, siempre se tratará de casos en los que, concluido el contrato, la relación contractual no sea actuada o, también, aquéllos en los que, ejecutado o no el contrato, sus efectos deban ser borrados o cancelados. Todas estas series de supuestos constituyen hipótesis de frustración de la operación económica, que son contemplados por el ordenamiento jurídico a través de diversas instituciones: la invalidez, la rescisión y la resolución. Pero es el ordenamiento o, más en general, el sistema jurídico el que fija las condiciones en las que se reconoce o no los efectos de la operación económica puesta en marcha o regida por el instrumento contractual, así como las consecuencias de su no actuación.

Por ello, contemplar estas cuestiones recurriendo a expedientes tales como el de la presuposición significa haber hecho una elección en favor de la voluntad individual, expresa o no, como criterio último de distribución del riesgo contractual. La consecuencia inmediata de esta impostación subjetivista es la de otorgar relevancia jurídica a prácticamente toda hipótesis de frustración de la operación económica, aunque consista en la no satisfacción de intereses o de expectativas no reflejadas en el instrumento contractual. Con ello, se acaba haciendo recaer sobre los destinatarios de la declaración o, mejor, sobre la contraparte el riesgo de la no realización de intereses del declarante o de una de las partes, aunque tales intereses no hubieran sido garantizados por la otra, pues si lo fueron ya no estaríamos ante una presuposición: no habría una condición presupuesta, sino una condición, expresa o tácita, acordada con el otro contratante.

Pues bien, en esta situación, la irrelevancia de los motivos significa que no todos los casos de frustración de la operación económica deben ser considerados jurídicamente relevantes, sino sólo aquellos en los que no se realicen intereses causalizados o garantizados mediante condición o cláusulas de garantía, según lo que resulte de la interpretación del contrato.

Como ejemplo del modo de indagar que proponemos puede ser-

virnos el del error. En primer lugar, éste deberá ser probado; una vez probado, la operación económica podrá considerarse frustrada económicamente, si el error fue de no escasa importancia. En segundo lugar, se deberá determinar los casos en que el error es relevante para el ordenamiento jurídico; habrá que ver si ese error reúne los requisitos que en aquél se exigen para ser tenido en consideración: si es irrelevante, el contrato deberá ser ejecutado en los términos convenidos —jurídicamente, la operación económica no se ha frustrado—, pero si es relevante, el que lo padeció podrá obtener la anulación del contrato —la operación se habrá frustrado también jurídicamente. En tercer lugar, será necesario apreciar las consecuencias de la anulación del contrato. Después de haber completado todos estos datos se estará en condiciones de precisar cómo se distribuye el riesgo contractual, en este sentido amplio, en los casos de error.

Al igual que con el error este tipo de indagaciones puede ser referida a todo el ámbito de cuestiones englobables en lo que hemos denominado riesgo contractual en sentido amplio. Con ellas sería fácil constatar cómo todos los Códigos, desde los más influidos por el liberalismo del XIX hasta los más inspirados por los intervencionismos o corporativismos de todo tipo del XX, es posible apreciar que las normas que inciden en cuestiones de riesgo contractual no se ha seguido exclusivamente un único criterio para regular su distribución entre las partes del contrato. Por el contrario, han sido siempre varios los principios seguidos, aunque, eso sí, de forma y con intensidad diferente en unos y otros casos.

Lo que, en todo caso, nos parece evidente es que aquello que resulta de las indagaciones psicológicas acerca de cuál debió ser la voluntad real de las partes no es lo que decide la relevancia o irrelevancia jurídica de la frustración de la operación económica. Al lado de este criterio de máxima atención a la voluntad individual son tenidos en cuenta, al menos, otros dos: el de autorresponsabilidad, según el cual cada parte ha de soportar el error en sus propias valoraciones o especulaciones; y el de protección de la confianza que merece la apariencia y, en general, de la buena fe. En definitiva, respeto a la voluntad, pero a la de ambos, a la que resulta del acuerdo, sobre todo, y protección de la seguridad del tráfico son los dos principios de cuya coordinación por el legislador en cada caso resulta la forma de regular la distribución del riesgo contractual. Tarea del jurista es precisar en cada ordenamiento cuál de esos criterios constituye la regla general y cuál la excepción o, mejor, en qué medida y hasta dónde han quedado reconocidos uno y otro.

Pues bien, reglas y criterios de distribución del riesgo han de ser buscados no solamente en la ley, sino también e todas las demás fuentes de integración del contrato. También los contratantes pueden haber previsto, con mayor o menor detalle, las consecuencias de la frustración de sus expectativas o, incluso, haber excluido la aplicación de criterios legales de distribución del riesgo.

Con esto queremos decir que para obtener una visión lo más precisa posible de la distribución de los riesgos se ha de proceder a la

comprensión del contenido del contrato. Ello sólo es posible mediante la realización de ciertas operaciones cuyo análisis excede de los objetivos de este estudio introductorio o de planteamiento de premisas. Esas operaciones son la interpretación, la calificación y la integración del contrato.

Así pues, será necesario tener en cuenta los instrumentos predispuestos por el legislador, así como los que las partes puedan establecer, para poder apreciar cómo se han de resolver las cuestiones relativas al riesgo contractual entendido en este sentido amplio, al que nos venimos refiriendo: la determinación de los casos en que deberá considerarse jurídicamente relevante la frustración de la operación económica, así como de las consecuencias de la aplicación de los mecanismos previstos para hacer frente a esa frustración, previamente enjuiciada como relevante.

A través de esos instrumentos el legislador o las partes determinan las consecuencias que deberán o que podrán resultar de la insatisfacción de los intereses de aquéllas como consecuencia de la existencia de ciertas circunstancias al tiempo de la perfección del contrato, o bien de la sobrevenida de ciertos eventos.

Por lo que se refiere a los instrumentos de distribución del riesgo contractual legalmente previstos podemos distinguir entre aquellos que se refieren a la concurrencia de circunstancias anteriores o coetáneas a la conclusión del contrato, por una parte, y, por otra, aquellos que contemplan la sobrevenida de ciertos eventos. Entre los primeros se encontrarían las normas sobre inexistencia de la causa, sobre error, los vicios o defectos del objeto, etc. (2). Entre los segundos se encuentra la extinción de la relación contractual o, si se quiere, de resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida de la prestación, la excesiva onerosidad sobrevenida, ejercicio de la facultad de denuncia unilateral reconocida por la ley.

Respecto de los medios de que disponen las partes para prever las consecuencias de la concurrencia de circunstancias anteriores o coetáneas a la conclusión del contrato o de la sobrevenida de eventos, nos parece evidente que pueden acordar cualquier cosa siempre que no sobrepasen los límites a la autonomía privada (arts. 1.255 y 6-3 C.c.). Así, las partes podrán excluir o modificar la aplicación de las normas legales sobre distribución de riesgos, hacer uso de ciertos instrumentos previstos, pero no impuestos por la ley (la condición suspensiva o resolutoria), o pactar otros no previstos: facultad unilateral de denuncia, cláusulas de garantía, etc. Como también pueden

(2) Los supuestos enunciados son los que Windscheid habría calificado como casos de presuposición de circunstancias coetáneas o anteriores a la emisión de la declaración de voluntad. Sin embargo, en la acepción amplia de riesgo contractual que venimos empleando podrían comprenderse otros supuestos: los defectos de capacidad o de forma, la violencia (ausencia de voluntad), la intimidación, el dolo, la rescisión del contrato, la falta de poder o la extralimitación del que actúa como representante. En todos ellos, de algún modo, son contempladas cuestiones de riesgo contractual, esto es, de determinación de las consecuencias de una eventual frustración de la operación económica.

modificar la relación contractual de común acuerdo o, incluso, ponerle fin, también de común acuerdo.

Detrás de todas estas previsiones o posibilidades hay planteadas cuestiones de riesgo contractual en su sentido amplio, al que nos hemos venido refiriendo.

2. EL RIESGO CONTRACTUAL EN SENTIDO ESTRICTO

2.1. *Delimitación material del fenómeno.*

Excede en mucho de nuestros objetivos en esta exposición de ideas y planteamientos generales de carácter introductorio el análisis detallado de todas las instituciones y fenómenos antes reseñados como referentes a lo que llamábamos riesgo contractual en sentido amplio. La importancia y la extensión de las cuestiones que subyacen en ellos hacen que su estudio pormenorizado sea, más bien, objeto de un tratado sobre la eficacia e ineficacia del contrato. Es por esto por lo que habremos de restringir el campo propio de la expresión riesgo contractual, para evitar que se confunda con ese tratado sobre la eficacia o ineficacia del contrato, pues de lo contrario no llegaríamos a comprender con el suficiente grado de autonomía lo que en él es más típico, lo que es más propio.

Con la expresión «riesgo contractual en sentido estricto» que, desde ahora, la consideramos equivalente a la de «riesgo contractual en sentido propio», pretendemos circunscribir su ámbito, de una parte, a la sobrevenida de eventos extraños a la voluntad de los contratantes y a sus efectos sobre la relación obligatoria contractual y, de otra, a la liquidación de la operación económica frustrada cuando la frustración sea juzgada relevante, prescindiendo en ambos órdenes de cuestiones de las posibles previsiones establecidas por las partes al respecto.

Esto significa que dejamos fuera del contenido del riesgo así delimitado, los pactos que los contratantes, en el ejercicio de su libertad contractual, pueden establecer para distribuirse el riesgo (la condición, la denuncia, las cláusulas de garantía, etc.), así como aquellas instituciones reguladas por la ley, pero que o bien se refieren a circunstancias anteriores o coetáneas a la celebración del contrato (inexistencia de la causa, error, imposibilidad o ilicitud del objeto, etc.), que entrañan vicios o defectos originarios o estructurales que afectan al contrato como acto o norma, o bien contemplan eventos sobrevenidos cuando dependen de la voluntad o del comportamiento de las partes (incumplimiento culpable, denuncia, mutuo disenso), y que suponen defectos no estructurales, sino funcionales, y que afectan a la exacta realización de la relación obligatoria.

Así pues, si en sentido amplio el riesgo contractual abarcaba tanto los supuestos en que la operación económica estuviese mal planteada o en los que el instrumento formal (el contrato) no fuese idóneo para

regirla (los defectos originarios o estructurales), como aquellos en los que la operación económica ya puesta en marcha se frustrase por la sobrevenida de eventos que no derivan de su planteamiento ni del instrumento formal en sí mismo, sino de su ejecución (defectos funcionales), en cambio, en sentido propio, el riesgo contractual sólo comprendería aquellas deficiencias que afectan a su proceso de desarrollo y que no derivan del comportamiento ni de la voluntad de los contratantes.

En este sentido, el riesgo contractual sería el peligro de una evolución tal de la situación que, o bien haga imposible la ejecución de la prestación o de una de las prestaciones objeto de una obligación contractual, o bien haga excesivamente onerosa la ejecución del contrato. Se trata, por consiguiente, del riesgo de pérdida o destrucción de la cosa objeto de una prestación o la irrealizabilidad de la actividad, así como del aumento de la gravosidad de la propia prestación pendiente de cumplimiento o de la disminución del valor de la contraprestación que se tiene derecho a recibir, cuando la propia prestación no se ha devaluado.

2.2. *Delimitación temporal del fenómeno.*

Hemos de tener en cuenta que no toda destrucción o pérdida de la cosa ni toda fluctuación del valor de una prestación afectan al riesgo contractual: sólo aquellas que tienen lugar después de la conclusión del contrato, durante el proceso de ejecución y que, además, inciden sobre cosas o servicios que son objeto de prestaciones pendientes de ejecución.

Lo que suceda antes de la perfección del contrato no es una cuestión de riesgo contractual: si objeto del contrato fue una cosa o servicio imposible el contrato es nulo (arts. 1.261-2, 1.272 y 1.300, a contrario); si las prestaciones están, desde la conclusión del contrato, notablemente desequilibradas, en principio, ello es irrelevante como regla general (art. 1.293). Así pues, lo que ocurra antes o al tiempo de concluir el contrato o es irrelevante (lesión), o afecta al contrato como acto (nulidad por imposibilidad de la prestación) o como norma (rescisión por lesión a representados o a terceros), y que quedan fuera del ámbito del riesgo contractual en sentido propio.

Lo que pueda suceder después de cumplida la obligación y ejecutada la prestación que era su objeto tampoco es una cuestión de riesgo contractual: la destrucción o pérdida de la cosa ya recibida o la disminución de su valor no afecta al proceso de ejecución de un contrato, porque el que las padece no lo hace en calidad de contratante-acreedor, sino en la de propietario o poseedor. Por lo demás, no cabe hablar de imposibilidad o de devaluación de una prestación, sencillamente porque ya no hay tal, ya que fue ejecutada, con lo que quedó extinguida la correspondiente obligación (art. 1.156-1). Es decir, las cosas ya pagadas o los servicios ya prestados no son objeto

de prestación. Por ello, en sede de riesgo contractual sólo es relevante la pérdida o destrucción de cosas que todavía son debidas (3).

Esto significa que si el contrato es sinalagmático, la destrucción o la pérdida de valor de una cosa ya prestada no afecta, ni siquiera, al sinalagma funcional, esto es, no constituye un defecto (funcional) del proceso de ejecución del contrato. En otras palabras, la operación económica se está desarrollando conforme al plan previsto en la fase que contempla y regula el contrato en cuestión, siendo indiferente lo que suceda más allá. Por lo cual, el que recibe una prestación ha de cumplir su correlativa obligación, aunque se destruya o devalúe la que recibió —salvo, por supuesto, cuando la otra parte sea culpable y deba responder por ello—, y si ya la había cumplido no tiene derecho a su restitución. En tales casos, la operación se habrá desarrollado conforme a lo acordado, conforme al contrato al que el ordenamiento había reconocido fuerza obligatoria.

Por lo tanto, si materialmente el riesgo contractual en sentido propio quedaba limitado a la imposibilidad de la prestación y a la excesiva onerosidad sobrevenida, temporalmente, ha de ser circunscrito a la imposibilidad y excesiva onerosidad sobrevenidas, esto es, a las acaecidas después de la perfección de contrato y cuando inciden sobre prestaciones pendientes de ejecución (4).

Estas consideraciones nos llevan a afirmar que en los contratos de ejecución instantánea no se plantean problemas de riesgo contractual en sentido propio. Para que puedan plantearse es necesario que entre la perfección del contrato y su ejecución exista un lapso de tiempo en el que, al menos, una de las prestaciones sea debida, pero no esté todavía ejecutada, sin que por ello quepa entender que la parte deudora de esa prestación se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación.

Es decir, es necesario que la relación obligatoria que surge del contrato permanezca viva durante algún tiempo en, al menos, uno de sus polos. Si el cumplimiento del contrato coincide en el tiempo con su conclusión, aquello no es posible. En otras palabras, si no hay crédito no hay riesgo contractual, aunque haya existido un contrato. Si lo que ha tenido lugar es un intercambio de bienes coetáneo o, incluso, anterior a su formalización —podría no formalizarse, siquiera (art. 1.278), y entender que el acuerdo fue tácito y que se

(3) Por ello, tampoco atiene al riesgo contractual en sentido propio la pérdida de las cosas cuya entrega es requisito constitutivo del contrato mismo, de su perfección. Así, en los contratos reales la pérdida de las cosas que, por hipótesis, no son objeto de una obligación —de serlo, estaríamos ante un contrato consensual—, no es algo que afecte al proceso de ejecución, ya que lo que sucede no es que el contrato no llega a perfeccionarse.

(4) Si tenemos en cuenta que en nuestro Derecho el sistema de transmisión de derechos reales mediante contratos es, al menos como regla de principio, el del título y modo (arts. 609 y 1.095) y que el modo se realizará normalmente con el cumplimiento de la obligación de entrega (art. 1.462-1), no sería incorrecto, en principio, decir que temporalmente el riesgo contractual queda delimitado en el tiempo por el período que media entre la perfección del título y la realización del modo.

pone de manifiesto por los hechos concluyentes— no cabe hablar de riesgo contractual porque no hay crédito.

En cambio, el ámbito propio del riesgo contractual es el de los contratos en los que la ejecución de, al menos, una prestación queda aplazada en el tiempo y, sobre todo, en aquellos que tienen por objeto prestaciones periódicas o continuadas. En tales casos sí hay un lapso de tiempo lo suficientemente apreciable entre la perfección del contrato y su ejecución total, por lo que sí hay crédito.

Según lo anterior, el riesgo contractual, propiamente, no sería el *periculum rei*. Las cosas que no son objeto de una prestación contractual, bien porque no hay contrato, bien porque la prestación ya fue ejecutada, se destruyen o se pierden, aumentan o disminuyen de valor para su dueño, pero sin que ello plantee cuestión alguna de riesgo contractual. Este empieza a existir desde que se perfecciona el contrato o, mejor, desde que surge la obligación de entrega, y deja de existir cuando ésta es cumplida. No es, por lo tanto, la transmisión de la titularidad real lo que señala el límite final del ámbito temporal del riesgo contractual, sino la entrega efectiva, aunque ésta sea posterior a la transmisión de la titularidad jurídico-real.

Esto no quiere decir que sea absolutamente irrelevante el sistema de transmisión de derechos que rija en cada ordenamiento jurídico las operaciones de intercambio de bienes. Lo que sucede es que tales operaciones no concluyen con el intercambio de titularidad, sino con el de las cosas y el de las facultades concretas que permiten su uso y disposición, que es lo que realmente satisface el interés de los contratantes adquirentes. Por ello, no sólo en los ordenamientos que adoptan el sistema del título y del modo o del acuerdo abstracto traslativo, sino también en los consensualistas hay riesgo contractual desde que surge la obligación de entrega y subsiste en tanto no sea cumplida. Antes y después de esos momentos sólo hay *periculum rei* (*interitus, missio*) o fluctuaciones en el valor de las cosas propias (*commoda, incommoda*), pero no riesgo contractual.

2.3. *Delimitación del fenómeno en función de la estructura del contrato.*

Precisados los límites materiales y temporales en los que cabe plantear la cuestión del riesgo contractual, quizá conviene concretar todavía más atendiendo a la estructura sinalagmática o no sinalagmática del contrato. Entendemos que, aun a riesgo de generalizar excesivamente, podemos decir que son, fundamentalmente, esas dos las categorías en las que pueden agruparse los contratos (5).

Nos parece que han de ser considerados sinalagmáticos aquellos

(5) Vid. GORLA, G.: *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, pp. 95 y ss.; SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor*, Barcelona, 1965, pp. 131 y ss.

contratos que son susceptibles de ser resueltos por incumplimiento. En base al artículo 1.124, podemos decir que ello sólo es posible cuando del contrato surgen obligaciones recíprocas. Esto significa, en primer lugar, que el contrato ha de ser oneroso, en el sentido de que por él deben resultar gravadas ambas partes. En segundo lugar, ha de ser bilateral, esto es, de él han de nacer obligaciones para todas las partes. Y, en tercer lugar, cada una de las prestaciones que eran el objeto de una obligación ha de ser contraprestación de la otra y ésta de aquélla. Lo que sucede es que una prestación es contraprestación de la otra y viceversa cuando se admite la resolución por incumplimiento.

Con esto queremos también indicar que un contrato, no por considerarlo sinalagmático, es resoluble por incumplimiento, sino, al revés, porque es resoluble por incumplimiento lo consideramos sinalagmático. El sinalagma, pues, no nos parece que sea algo connatural a un determinado tipo contractual o a una lista naturalmente cerrada, sino, más bien, algo que se incorpora, después de un lento proceso histórico, a la estructura funcional de algunos contratos, esto es, a su modo de desenvolverse en el proceso de ejecución (6). Los sinalagmáticos no forman, pues, una lista cerrada y definitiva, sino que la sinalagmaticidad depende del ámbito que en cada momento histórico es reconocido a la resolución por incumplimiento (7).

Empezando por los no sinalagmáticos, éstos pueden ser gratuitos u onerosos, unilaterales o bilaterales. En este grupo de contratos gratuitos y onerosos no sinalagmáticos estarían incluidos desde la donación pura y simple hasta el préstamo con interés, pasando por la donación modal, el mutuo sin interés, el comodato, el depósito y el mandato con o sin retribución.

En estos contratos o bien sólo una de las partes asume una obligación, o bien si ambas resultan obligadas las prestaciones que son objeto de las mismas no tienen idéntica relevancia causal, sino que una es la principal y la otra no es la contraprestación, sino una compensación (8), a pesar de lo que parece decirse en el artículo 1.274.

(6) Sobre el proceso histórico de sinalagmatización de ciertos contratos, *vid.* DíEZ-PICAZO, *últ. loc. cit.*, pp. 556, 557, 857 y 858.

(7) Según esto, el préstamo con interés no es un contrato sinalagmático en nuestro Derecho, pues no está legalmente reconocida al prestamista la facultad de resolverlo por incumplimiento del prestatario de la obligación de pagar intereses; es más, todavía se presume que es un contrato gratuito (arts. 1.755 C.c. y 314 C. de c.). Sin embargo, en el Derecho italiano no sólo se presume oneroso (art. 1.815), sino que se reconoce al prestamista la facultad de resolverlo en caso de que el prestatario no le pague los intereses (art. 1.820).

(8) El préstamo con interés es oneroso, pero unilateral, pues, salvo que sea configurado como consensual, de él sólo surgen obligaciones para el prestatario: la de abonar los intereses y la de restituir el principal (arts. 1.753 y 1.755 C.c. y 312 y 314 C. de c.). Pues bien, si nada se ha estipulado al respecto, el incumplimiento de la obligación de abonar intereses, en principio, no da lugar a la resolución del contrato, pues no hay obligaciones recíprocas. Pero si se introduce una cláusula resolutoria en tal sentido, la prestación de intereses dejará de ser tratada como una mera compensación por la disponibilidad del capital ajeno, y será tratada como su contraprestación, con lo que el préstamo habría quedado sinalagmatizado. Si se estipula la cláusula reso-

Pues bien, en tales casos el riesgo para el acreedor de la prestación principal o única (donatario, comodante, depositante, mandante, prestamista) es el de pérdida del crédito por imposibilidad sobrevenida de la prestación, o el de devaluación sobrevenida de la prestación. Por su parte, para el deudor de esa prestación, el riesgo consiste en el aumento de la gravosidad en su ejecución.

Sin embargo, en los contratos sinalagmáticos, donde ambos contratantes son, recíprocamente, acreedores y deudores, y sus prestaciones son prestación y contraprestación recíprocas, el riesgo contractual presenta caracteres específicos:

Por lo que se refiere a la imposibilidad, se trata de determinar si, liberada una de las partes de cumplir su obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación por causas no imputables a aquélla (caso fortuito) (9), sigue estando la otra parte obligada a ejecutar la contraprestación y, si ya la había ejecutado, no tiene derecho a que le sea restituida, o si, por el contrario, queda también liberada de cumplir y tiene derecho a recuperar lo que dio.

Es decir, que la imposibilidad sobrevenida de la prestación es causa de extinción de la obligación y, por tanto, liberatoria del deudor es algo que se desprende de lo establecido en los artículos 1.156-2, 1.182 y 1.184 (aunque con el límite de lo establecido en el artículo 1.186) (10), fundamentalmente. Lo que falta por saber, porque en tales preceptos no se dice, es qué sucede con la otra obligación, con la de la contraparte: es esto lo que interesa al riesgo contractual en los contratos sinalagmáticos. Es lo que también se conoce con la expresión «*periculum obligationis*» (11): el riesgo de pérdida de la contraprestación, esto es, la posibilidad de tener que cumplir la propia obligación habiéndose extinguido el derecho a percibir la contraprestación.

Es más, dado que en las operaciones económicas más frecuentemente formalizadas en contratos sinalagmáticos una de las prestaciones es

lutoria el impago de los intereses permite al prestamista exigir el principal y obtener, por vía de indemnización, los intereses devengados y no satisfechos y el resarcimiento de los daños que ello le haya causado.

(9) Si no hay caso fortuito no hay, en sentido propio, riesgo contractual, porque si la imposibilidad de la prestación fuese imputable al deudor éste seguiría vinculado, ahora, a resarcir los daños y perjuicios, mientras la otra parte quedaría liberada de su obligación o tendría derecho a la restitución de lo que hubiese entregado (arts. 1.101 y 1.124). Se podrá, pues, acudir a la resolución por incumplimiento, ya que el defecto del sinalagma funcional era imputable al incumplidor.

(10) «Las obligaciones se extinguen:

Por la pérdida de la cosa debida» (art. 1.156-2.º).

«Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se pierde o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora» (art. 1.182).

«También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» (art. 1.184).

«Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» (art. 1.186).

(11) Sobre *periculum obligationis* y *periculum rei* *vid.* ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 95 y ss y 147 y ss.

una cantidad de dinero, y que la prestación pecuniaria nunca resulta objetivamente imposible de cumplir, la imposibilidad incidirá, por el contrario, en la otra prestación si es de cosa determinada o de género limitado, por lo que la cuestión del riesgo contractual se plantea, casi siempre, en los siguientes términos: si la parte contratante obligada al pago de una cantidad de dinero en contraprestación de un bien o servicio debe pagarla o no, a pesar de haberse extinguido, por imposibilidad sobrevenida, el derecho a exigir la entrega del bien o la prestación del servicio al que se había obligado la contraparte, o si aquélla ya había pagado la cantidad si puede o no obtener su restitución.

Pues bien, si una parte sigue obligada a ejecutar su prestación o si no puede obtener su restitución, a pesar de no recibir ya la contraprestación, aquélla será la que soporta el riesgo contractual. Si, por el contrario, quien queda liberado de su obligación por la imposibilidad sobrevenida de su prestación pierde también el derecho a exigir la contraprestación o si la tiene que restituir, sobre él habrá recaído el riesgo contractual.

En definitiva, el que pierde el derecho a la contraprestación es el que soporta el riesgo por imposibilidad sobrevenida de la prestación en los contratos sinalagmáticos.

Por lo que se refiere a las oscilaciones del valor de las prestaciones, el riesgo consiste aquí en el peligro de tener que ejecutar una prestación cuyo coste o valor ha aumentado después de la conclusión del contrato, sin que la contraprestación lo haya hecho en la misma proporción, o en el de tener que aceptar una contraprestación devaluada y seguir obligado a ejecutar la propia prestación, cuyo valor no ha disminuido en la misma proporción.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El riesgo contractual, aun entendido en sentido amplio, como peligro de frustración de una operación económica, no agota todos los supuestos posibles de riesgo. Hay también un riesgo extracontractual, precontractual o postcontractual. El primero consistiría en el peligro de que, iniciados tratos preliminares, no se llegue a concluir el contrato (12). El segundo lo constituiría el peligro de pérdida o de oscilación del valor de las prestaciones ya ejecutadas; en este caso el aleas no incide sobre el desarrollo del contrato en su proceso de ejecución, sino sobre el resultado económico que se deriva de la actuación de la relación

(12) En tales casos la no conclusión del contrato es, por regla general, irrelevante, pues los negociadores son libres para contratar o no contratar. Excepcionalmente, la negativa a concluir un contrato puede dar lugar a responsabilidad contractual si el que se niega había asumido la obligación de contratar (oferta irrevocable, derecho de opción, precontrato, obligación legal de contratar) o precontractual (extracontractual, por tanto, por hecho ilícito) si actuó de mala fe al romper las negociaciones y causó un daño a aquél con quien trataba.

contractual (13). En uno y otro caso el riesgo no es contractual, no se trata de un peligro existente en el cumplimiento mismo del contrato, sea porque no hay contrato, sea porque la prestación afectada ya ha sido cumplida, por lo que ya no hay *periculum obligationis*, sino *periculum rei*.

En el ámbito del riesgo contractual en sentido propio estamos ante una situación en la que uno de los contratantes se encuentra obligado a continuar la ejecución de una operación económica que le está resultando perjudicial o, incluso, ruinoso, ya que no obtiene ninguna utilidad de la otra parte o una utilidad inferior a la inicialmente prevista o, en todo caso, inferior al sacrificio que le exige cumplir su parte, por seguir vinculada contractualmente. Mientras tanto, la otra parte está recibiendo lo previsto sin tener que cumplir lo suyo porque es imposible, o recibe algo cuyo valor ha aumentado sin que a ella le cueste más cumplir lo que le corresponde.

En esta especie de cómputo de utilidades y desventajas sólo entran, queremos insistir en ello una vez más, las que se derivan del desarrollo de la operación económica de la que se trate, y dentro del ámbito temporal de eficacia del contrato que la regula. Queremos decir con esto que el interés cuya satisfacción garantiza, en principio, el contrato es, para cada contratante, el de obtener la prestación de la contraparte o, en su defecto, el resarcimiento de daños y perjuicios. Aun así, ya sabemos que ese interés puede resultar sacrificado para uno de los contratantes cuando él sea quien soporte el riesgo contractual: el riesgo por pérdida de la contraprestación debido a causas no imputables a una u otra parte. En tal caso uno de los dos ha de sufrir las consecuencias desfavorables y las normas sobre distribución del riesgo no hacen sino operar esa elección.

Lo que no garantiza el contrato es la satisfacción de intereses distintos de la obtención de la prestación pactada a cargo de la otra parte. Una vez recibida, el contrato ya no tiene relevancia en lo que después suceda, salvo en los casos en que se haya estipulado algo al respecto (condición resolutoria, cláusulas de garantía, etc.), o salvo que una utilidad inferior a la normal o a la expresamente acordada o asegurada fuese debida a un incumplimiento culpable de la otra parte (14).

Es decir, lo que el ordenamiento jurídico impone a cada contratante-deudor es el cumplimiento exacto e íntegro de la obligación (arts. 1.157, 1.161, 1.167, 1.169, etc.), sin que quede obligado a garantizar la utilidad ulterior que el acreedor esperase obtener como resultado de la operación (15).

(13) NICOLÒ, *op. cit.*, p. 1.025.

En tales casos la pérdida de la prestación o las alteraciones de su valor también son, por regla general, irrelevantes, salvo cuando existan cláusulas de garantía o se trate de vicios o defectos ocultos que hacen inidóneas las cosas para su uso normal o disminuyen notablemente su valor (arts. 1.484 C.c. y 336 C. de c.).

(14) *Vid.* nota anterior.

(15) Ni siquiera en las obligaciones de hacer llamadas de resultado se garantiza al acreedor otra cosa que el resultado previsto in obligatione, pero no la utilidad que

Es por esto que el desarrollo de unas operaciones económicas no tiene por qué influir en el de otras, salvo expresa previsión al respecto acordada por ambas partes. A veces, una operación especulativa comporta la realización de una pluralidad de operaciones singulares, así como de otros tantos contratos. Pues bien, en estos casos, tales contratos están, desde un punto de vista económico, relacionados entre sí, pero no están coordinados ni subordinados entre sí jurídicamente salvo cuando se condicionan expresamente unos a otros. Pues bien, no debe afectar a los otros, porque si no se causalizaron expresamente mediante una concreta estipulación, la existencia de una operación especulativa subyacente a todos ellos no pasa de ser un motivo irrelevante (16). Los diferentes contratos mantienen aisladas unas partes de la operación de las otras (17), y si todas ellas formaban parte de una única especulación, el resultado final para el especulador dependerá del resultado global de todas ellas. El éxito o fracaso final no es, propiamente, materia de riesgo contractual en cada uno de los contratos, sino que lo determina la resultante de todos ellos.

De esta forma se puede explicar la separación entre los mercados de trabajo y de capital, o entre los mercados de factores de la producción y los de bienes de consumo: todos ellos funcionan autónomamente, aunque, realmente, ninguno de ellos es extraño al otro. Las medidas de política económica que directamente inciden en alguno de ellos acaban afectando a todos (18). Pues bien, las categorías, grupos o clases que profesionalmente intervienen en todos ellos (los empresarios) confeccionan sus cuentas de resultados con lo que «resulta» de su intervención en cada uno de ellos, mediante operaciones aisladas, más o menos, jurídicamente unas de otras.

Por consiguiente, no nos parece erróneo afirmar que el riesgo empresarial es la suma o la resultante de una pluralidad de riesgos contractuales —tantos cuantos contratos se celebran para llevar a cabo

después pueda derivarse para él. Permitásenos el siguiente ejemplo: el transportista cumple haciendo que el viajero llegue al punto de destino en las condiciones y en el tiempo convenidos, pero no le garantiza que, una vez allí, si se trataba de un turista, le agrade el lugar, se divierta y se sienta a gusto.

(16) ¿Acaso no es ésta una consecuencia lógica de la objetivación de la causa del contrato (art. 1.274)?

(17) ¿No sería ésta una de las finalidades últimas de la regla de la relatividad de los efectos de los contratos (art. 1257-1)? Por lo demás, el contrato es ley entre las partes contratantes, pero sólo entre ellas.

(18) Por ejemplo, se suele oír que una política de contención salarial, aunque a corto plazo determine un retraimiento de la demanda de bienes de consumo, resulta que a medio plazo tendría efectos reactivadores sobre la economía en general, porque el consiguiente aumento del excedente empresarial daría lugar a un aumento de la demanda de inversión ante las expectativas de mayores beneficios y, por tanto, a la creación de nuevos puestos de trabajo, con lo cual acabaría aumentando la demanda de bienes y servicios al aumentar el número de asalariados. Con todo, la experiencia más reciente parece demostrar que este análisis no es del todo exacto: mientras el mayor excedente generado por la contención salarial ha sido absorbido por crecientes costes financieros la reactivación no ha tenido lugar y cuando parece producirse resulta que ha venido acompañada, en un primer momento, por la situación favorable de los mercados exteriores. En cualquier caso, la interrelación de los diversos mercados parece evidente.

las operaciones que integran la actividad económica de la empresa (19) —aislados jurídicamente unos de otros, pero vinculados económica y, quizá, políticamente entre sí. En este sentido cabe considerar al empresario como un especulador complejo (20).

Esto no quiere decir que sean inocuos o irrelevantes los diversos sistemas o criterios de distribución del riesgo contractual para el sistema económico o para algún sector del mismo. Cada sistema de distribución del riesgo contractual es manifestación o resultado de decisiones más generales de política económica, que priman determinados intereses.

Así, cuando habiendo resultado imposible la ejecución de una prestación por causas no imputables a alguno de los contratantes, que la contraparte deba o no ejecutar la contraprestación no hay por qué pensar que sea una decisión caprichosa o irracional. Por el contrario, la determinación del momento en el que el riesgo se desplaza de un contratante a otro comporta una selección de intereses.

Del mismo modo, no admitir la resolución o la revisión de los contratos, aun en caso de graves desequilibrios sobrevenidos, o admitirla en determinadas condiciones, también es el resultado de una previa composición de intereses, en función de la situación socioeconómica sobre la que vayan a incidir tales decisiones.

En relación a la relevancia o no de la excesiva onerosidad sobrevenida, esa opción no se presenta abiertamente como tal, sino, más bien, como la de considerar los contratos de ejecución aplazada, continuada o periódica como operaciones claramente especulativas o como instrumentos para preservar dentro de ciertos límites la composición de intereses establecida al celebrarlos.

Si lo primero, no se admitirá como tácitamente pactada la cláusula «*rebus sic stantibus*», de manera que el contrato deberá ser ejecutado en los términos en que quedó fijado, mientras no pierda su validez o concurra el mutuo acuerdo en desistir, cualquiera que sea la evolución de las circunstancias en lo que se refiere a las ganancias o pérdidas que de su cumplimiento se deriven para una y otra parte. Cuando las cosas están así, curiosamente, el contrato cumple la función de asegurar a todo riesgo para cada parte la contraprestación.

Si lo segundo, la evolución posterior de las circunstancias no dejará de tener relevancia jurídica, en orden a hacer menos gravosa la

(19) Por una parte, los costes son los que resultan, principalmente, de la contratación de trabajadores, de la adquisición o el uso de capital inmovilizado, de suministro de los proveedores, de la inversión de capitales ajenos, etc. Por otra, los ingresos son los que derivan de la venta de productos o de la prestación de servicios, de la colocación de capitales propios, etc. La diferencia entre unos y otros da el margen o resultado de explotación.

(20) *Vid.* FRASER, L.: *Pensiero e linguaggio nella scienza economica*, reimpresión de la traducción italiana, Torino, 1966, pp. 416 y 417.

El riesgo empresarial está constituido, sin embargo, no sólo por el riesgo contractual derivado de la conclusión de operaciones económicas, sino también de otro riesgo extracontractual, como es el derivado de los daños que el proceso productivo o los productos o servicios pueden ocasionar a los factores y elementos productivos o al medio ambiente o a los terceros consumidores y usuarios.

prestación del que resulta notablemente perjudicado por la ejecución del contrato, aunque nada se hubiese estipulado al respecto. En estos casos lo que se garantiza es que los resultados de la operación no serán desastrosos para ninguna de las partes en el caso de que fallen sus previsiones sobre el devenir de las circunstancias.

Esta segunda opción, que parecía tener un cierto fundamento y predicamento en el Derecho intermedio (21), fue abandonada o marginada por los codificadores liberales. Estos parecieron apostar por la certeza de las relaciones económicas y por la fijeza del nominal o del quantum de las prestaciones comprometidas para el futuro.

Pero ello no debió ser casual. La regla «*pacta sunt servanda*» favorecía, en último término, a las clases emprendedoras, no sólo por la previsibilidad que da la certeza al mundo de los negocios, sino también porque en el XIX tendencia casi constante fue, por una parte, la disminución de los costes marginales, como consecuencia de la libertad contractual (salarios) y de los avances tecnológicos que acompañaron la primera revolución industrial y, por otra, el incremento de la demanda, como consecuencia del formidable aumento de población. Todo ello aseguraba, en buena medida, la colocación en el mercado interior y en los exteriores —no olvidemos el fenómeno del colonialismo— de una producción creciente con beneficios en aumento prácticamente constante.

Cuando, como consecuencia de la saturación de los mercados, crisis de sobreproducción y del crack del 29, cambia radicalmente la situación general, la regla «*pacta sunt servanda*» se reveló como insuficiente o inadecuada para ordenar por sí sola satisfactoriamente los procesos económicos. Ahora, las ventajas que se derivaban de la mayor certeza de las relaciones jurídico-contractuales ya no compensan las consecuencias desfavorables de su rígida aplicación. Lo que en situaciones de estabilidad general eran costes soportables para el sistema en su conjunto, acabaron por quedar muy menguadas ante la frecuencia y entidad de los desequilibrios propios de una economía desestabilizada.

No es, pues, de extrañar que sea precisamente en este siglo cuando hayan proliferado las construcciones doctrinales dirigidas a legitimar excepciones no previstas legalmente a la regla, si sancionada expresamente, de que los pactos han de ser observados. Es más, en plena guerra mundial el legislador italiano reconocía la excesiva onerosidad sobrevenida como una causa más de resolución o revisión de los contratos de ejecución no instantánea (22).

Vistas las cosas desde esta perspectiva histórica, resulta que Windscheid, al formular a mediados del siglo pasado la teoría de la prescripción, se adelantó en más de medio siglo a los que, sobre todo, después de la primera guerra mundial en Alemania, intentaron justifi-

(21) *Vid.* OSTI, *loc. cit.*

(22) La evolución de la jurisprudencia italiana en la interpretación y aplicación de los preceptos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida en los primeros años de la posguerra y en los años de recuperación económica no parece sino confirmar estas consideraciones.

car con otras doctrinas deudoras de aquélla, con la de la base del negocio (Oertmann, fundamentalmente, y Larenz, más recientemente), la derogación en ciertos supuestos de la regla «pacta sunt servanda».

Por nuestra parte, entendemos que todo análisis sobre el riesgo contractual y su distribución en nuestro Derecho ha de partir de la norma que sanciona la fuerza obligatoria de los contratos. En nuestro Código civil esa norma aparece formulada en el artículo 1.091, según el cual «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos», así como en el 1.256, pues «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Preceptos similares se contienen en los artículos 1.134 del Código francés y 1.372 del italiano.

Que las operaciones económicas de una cierta duración —las que suponen prestaciones aplazadas, periódicas o continuadas— estén sometidas a tales preceptos justifica la consideración de los contratos en que se formalizan como si de seguros frente a lo por venir se trataran, sobre todo, cuando no se reconoce como causa de resolución o de revisión la excesiva onerosidad sobrevenida (23), como sucede en los casos francés y español. Constituiría, pues, una falta de seriedad o de lealtad, o de respeto a las reglas del juego entender roto el acuerdo y negarse a cumplirlo cuando cambian las circunstancias y su ejecución ya no es todo lo ventajosa que se había previsto inicialmente (24).

Esto significa que el contrato válido es obligatorio y que las partes están, por lo tanto, vinculadas por él y que deben continuar la operación iniciada mientras no decidan de común acuerdo ponerle fin, o mientras una de ellas no lo solicite por concurrir una causa de resolución prevista por la ley o por el contrato. Estas causas de resolución hay que suponerlas tasadas, en principio, dado el tenor literal y el espíritu de los preceptos contenidos en los artículos 1.091 y 1.256 del Código español y de sus concordantes en los Códigos de otros países. Estas hipótesis son las de resolución y de rescisión.

Pues bien, según el contenido que hemos dado al riesgo contractual en sentido propio, debemos excluir: las causas de resolución esta-

(23) «Admitir la revisión de los contratos toda vez que se presente una situación que no ha sido prevista por las partes equivaldría a privar al contrato de su utilidad, que consiste en proporcionar al acreedor una garantía frente a lo imprevisto: contratar es prever. El contrato es una empresa para el futuro. Todo contrato incorpora una idea de seguro» (RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 151).

(24) «Hay —por supuesto, en una economía liberal— un juego contractual, y no solamente en el contrato de juego... El derecho de contratos aparece así como una serie de reglas de juego: el álea excluye la lesión... una parte no puede, una vez vinculada, pedir detener el juego (art. 1.134). Es necesario oponerse enérgicamente a cualquier intento de un contratante de hacer caer el negocio concluido a la vista de la evolución que él ha podido observar en las “chances de l'affaire”. Esto no sería propiamente hacer trampa, pero sería no ser un buen jugador (¿está el “fair play” comprendido en la buena fe de la que habla el artículo 1.134? (CARBONNIER, J., *Théorie des obligations*, París, 1963, pp. 40 y 41).

blecidas convencionalmente por las partes (la condición resolutoria y la facultad de denuncia); las causas de disolución del vínculo contractual previstas en la ley, pero referidas a defectos originarios que afectan al contrato como norma (la rescisión); y también aquellas otras causas de extinción de la relación obligatoria, previstas en la ley, pero que van referidas a una actividad positiva (la facultad de denuncia) o negativa (la resolución por incumplimiento). Así pues, de entre las diversas causas de extinción de la resolución obligatoria admisibles en hipótesis nos interesará solamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato, y sólo en la medida y en los casos admitidos por el ordenamiento jurídico, y esto es lo que habrá que precisar detalladamente.

Esta exposición, que no tiene otro objeto que el de plantear las cuestiones relativas al riesgo contractual en base al sustrato económico y a las previsiones legales, rechazando toda construcción basada en meras indagaciones psicológicas, puede concluir con estas dos consideraciones:

I. La cuestión a resolver es la de determinar, en un contrato de ejecución no instantánea de todas sus prestaciones, hasta dónde debe ser llevada la vinculación de las partes a su cumplimiento en los términos inicialmente pactados, aunque hallan cambiado sustancialmente las circunstancias en las que deben ser cumplidas las obligaciones que surgen de él y cuándo, por el contrario, debe o puede ponerse fin a la relación contractual válida y eficazmente constituida. O, también, cuándo puede el Juez decidir su resolución o revisión, cuando hayan sobrevenido eventos distorsionadores, después de la conclusión del contrato y éstos incidan sobre prestaciones pendientes de ejecución.

II. Partiendo del deber inexcusable que tienen los jueces y tribunales de «resolver en todo caso los asuntos de que conozcan», estos habrán de dar una respuesta a las cuestiones antes planteadas. Pero esa respuesta no podrá ser arbitraria —consideramos que lo sería la que estuviese fundada en meras conjeturas sobre las intenciones de cada uno de los contratantes—, sino que habría que buscarla «ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1-7). Ese sistema de fuentes no es sólo el fijado en el artículo 1.º del Código, sino, también, para lo relativo a los contratos, en el artículo 1.258. Por consiguiente, las respuestas a aquellas cuestiones habrán de ser buscadas, mediante interpretación, en todo el reglamento contractual, acudiendo ordenadamente a todas las fuentes de integración del contrato. Es decir, mediante tantas operaciones combinadas de interpretación e integración como sean necesarias para hallar una regla de distribución del riesgo en la operación económica de la que se trate o, al menos, un criterio objetivo que pueda fundamentar una solución razonable.

El «*commodum representationis*» del artículo 1.186 del Código civil

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

1. Nuestro Código civil, que, en forma dogmáticamente defectuosa, subsume la materia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación bajo la especie de la «pérdida de la cosa debida» (aunque el error lo repare, en parte, a través del artículo 1.184), dispone en su artículo 1.186 que «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Norma cuya intrínseca justicia, resaltada de manera unánime por la doctrina, resulta de la simple consideración de que, de no existir la misma, el deudor que queda libre mediante la pérdida fortuita de la cosa debida resultaría más favorecido que aquel que accede a similar situación a través de la entrega de la misma, ya que podría retener todo lo que los terceros debiesen por razón de su participación dolosa o culposa (o en función de garantía o seguro) en el acaecimiento de aquella situación negativa. Bien que la ley, ante la imposibilidad de la entrega, libere al deudor del débito, pero resultaría inaceptable que además pudiera retener en su patrimonio todo lo que fuera consecuencia de semejante imposibilidad, ya que ello daría lugar a un verdadero enriquecimiento injusto a su favor.

Desde el punto de vista dogmático, el supuesto ha sido explicado de la siguiente manera: Sobre la base del texto romano *secundum naturam est commoda cuiusque rem eum sequi quem sequentur incommoda* (1), resulta que quien sufre el *periculum* tiene derecho a todo lo accesorio que debiera haberle sido entregado con la cosa pericidada (*commodum accessionis*), pero tiene también derecho a todo lo que surja en función de tal pericidamiento (*commodum representationis*).

(1) D. 50.17.10.

Terminología esta última utilizada por primer vez por Mommsen (2), hoy aceptada plenamente por la civilística, cuya justificación se produciría en base a considerar que si un acontecimiento ocasiona la desventaja de impedir el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo la ventaja de generar algún derecho o acción patrimonialmente estimable, esto último debe corresponder a aquella de las partes que experimente el *periculum obligationis*, de manera tal que si, como es ordinario, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*incommodum obligationis*), así también tendrá derecho a todo lo que se obtenga como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad (*commodum representationis*), y no sólo cuando proceda del hecho ilícito de tercero, sino también cuando derive de cualquier acontecer que determine la imposibilidad de la prestación, tal como destrucción por incendio, expropiación forzosa, privación y, en general, siempre que el deudor obtenga una indemnización o un provecho derivado de lo que fue objeto de la obligación (3). La regla debe ser, pues, que quien soporte la desventaja, y precisamente por ello, debe beneficiarse de la ventaja: *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*, según la fórmula de Mommsen.

2. Nuestro artículo 1.186 proviene directamente del artículo 1.163 del Proyecto de 1851 («el deudor de una cosa perdida está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización»), aunque con una significativa mutación en los conceptos utilizados, que, a su vez, la tomó del artículo 1.303 del *Code Napoléon*. García Goyena argumentaba su defensa en razón de que nada de la cosa debe quedar en poder del deudor, pues el mismo no debe enriquecerse de manera alguna en detrimento de su acreedor, y, por tanto, de la misma forma que si la cosa no pereció enteramente subsiste la obligación en la parte que resta, así también todo lo en ella contenido «pertenece de derecho al acreedor como la pertenecía la cosa misma que no es posible ya devolverle» (4).

A su vez, el artículo 1.303 del *Code* se inspira en la doctrina que al respecto había defendido Pothier. Según este autor, la pérdida fortuita de la cosa debida la soporta el deudor dueño de la misma (*res perit domino*), pero como al mismo se aplica el principio *meum est quod res mea superest*, semejante consecuencia debe reconvertirse en provecho del acreedor, en el sentido de *mihi debetur quod ex re mihi debita superest*, ya que éste ha perdido también el derecho que ostentaba a la entrega de la cosa; sobre esta base y *secundum naturam*, toda ventaja derivada de la pérdida de la cosa corresponde obtenerla, dotándole al efecto del correspondiente derecho, no a quien pierde la cosa, sino a quien soporta el *periculum obligationis* (5).

(2) MOMMSEN: *Eroerterungen über die Regel*, Braunschweig, 1859, p. 144.

(3) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, p. 308.

(4) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 618.

(5) POTHIER: *Traité des obligations*, París, 1861, pp. 355 y ss.

3. Mientras el artículo 1.182 del Código civil, a propósito de la plasmación del principio de que las *obligaciones dare* se extinguen por la pérdida o destrucción de la cosa debida, significa que ésta debe ser «determinada», el artículo 1.186, relativo a la asignación al acreedor de los «residuos» jurídicos de la cosa pericida, prescinde de semejante señalamiento. ¿Querrá decir ello que el ámbito de aplicación de ambas normas es diferente, ampliándose el de la segunda a todas las obligaciones de dar, tanto genéricas como específicas?

González Porrás considera que el artículo 1.186 no se limita al supuesto de que el objeto de la obligación sea una cosa específica, concreta y determinada, sino que la atribución de acciones al acreedor contra tercero procede también cuando la *res debita* pertenezca al llamado *genus limitatum* y, «naturalmente, se haya perdido totalmente o, de cualquier forma, se haga imposible al deudor cumplir con otra cosa perteneciente al mismo género, siempre que ello sea por hecho de tercero, pues en tal caso nos encontramos ante una situación típica de lesión del crédito en la que no veo razones suficientes para que no se parifique con la de cosa concreta y determinada (6)».

Afirmación difícil de suscribir, en primer término, porque en relación a las obligaciones de dar resulta escasamente justificable que el ámbito de operatividad del artículo 1.182 y 1.186 sea diferente, por lo que si el primero habla de «cosa determinada» así también deberá entenderse el segundo por más que prescinda del término «determinada»; y, en segundo lugar, porque pretender desvirtuar este planteamiento para incluir también las obligaciones de género limitado supone un esfuerzo sin necesidad ni contrapartida, ya que sabido es que en aquellas relaciones obligatorias en las que la cosa debida pertenece a un *genus limitatum* no se aplica el régimen jurídico de las obligaciones genéricas (en especial la regla *genus nunquam perit*), sino el propio de las específicas (7).

4. Otra cuestión que puede plantearse es la relativa a si la regla del artículo 1.186 operará tan sólo en relación a las obligaciones de entregar cosa en función traslativa (o constitutiva), o si, por el contrario, extenderá también su radio de acción hasta las obligaciones de entregar cosa en función restitutoria. En principio, la respuesta parece sencilla por cuanto en esta segunda categoría (por ejemplo, la obligación devolutiva del comodatario o del depositario) la propiedad de la cosa nunca salió de las manos del acreedor, y, en consecuencia, parece lógica pensar que «los derechos y acciones derivados del hecho que motivó la imposibilidad no corresponderán al deudor», ya que «por atribución *ex lege* y desde siempre son derechos y acciones del dueño de la cosa, con lo que la aplicación del artículo 1.186 del Código civil se manifiesta sin utilidad alguna» (8).

(6) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pp. 309-310.

(7) COTTINO: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milán, 1955, pp. 177 y ss.

(8) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, p. 311.

También Roca Juan, aunque en forma más matizada, considera que, en principio, acaso pueda anticiparse que la atribución de acciones que establece el artículo 1.186 opera en la extinción de obligaciones de entregar cosa determinada, en función traslativa de la propiedad u otro derecho real, y no en aquellas situaciones en que la obligación de entregar cumple una función restitutoria o es presupuesto para el ejercicio de un derecho de goce, que tienen prevista una solución específica (9).

La verdad es que en una mayoría determinante de casos las cosas ocurrirán de la manera apuntada y en ellos, obviamente, la aplicación del artículo 1.186 del Código civil resultará improcedente e innecesaria. Si el acreedor, por haber conservado la propiedad de la cosa que pasó a manos ajenas, tiene derecho, *ministerio legis*, a todos los derechos y acciones que puedan surgir o restar en caso de que aquélla se destruya o perezca, ¿para qué precisará la ayuda del mecanismo previsto en el referido artículo?

Sin embargo, a poco que se observe la situación, la respuesta puede no ser tan obvia. En efecto, referir la aplicación de la norma en estudio al único supuesto de que la *res debita* sea propiedad del deudor, aunque sin duda el mismo constituya la manifestación más importante y en el que el precepto encuentra su más clara expresión, constituye, de todas maneras, una indebida mutilación del tenor de éste, ya que no necesariamente «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros» tendrán que derivar de la circunstancia de que el mismo sea dueño de la cosa perdida.

El hecho de que el surgimiento de acciones por razón de la destrucción o pérdida (en el sentido amplio del artículo 1.122 del Código civil) de la cosa debida tenga lugar determinantemente a favor de quien sea propietario de la misma, no quiere decir, empero, que no puedan surgir otras a favor del deudor no propietario y, sobre todo, que en este último caso el acreedor no tenga derecho a las mismas. Cuando la cosa se destruye en manos de un comodatario, depositario o arrendatario nada obsta a que el mismo vea aparecer a su favor por disposición de la ley y, particularmente, por convención al respecto una amplia gama de recursos jurídicos que le permitan reclamar de terceros prestaciones de diverso signo: pues bien, ¿tendría sentido que en este caso el acreedor se viese despojado de participar en tales recursos por virtud de una interpretación del artículo 1.186 que lo limita a las obligaciones de dar con finalidad traslativa? Paradójicamente, con la solución que se critica el acreedor tendría menos derechos cuando es propietario de la cosa que cuando no lo es; *reductio ad absurdum* que debe llevarnos a rechazar semejante visión restrictiva.

Del hecho de que en numerosos casos la norma del artículo 1.186

(9) ROCA JUAN: *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1.186 del Código Civil)*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro», II, Madrid, 1976, p. 534.

del Código civil resulte inútil o innecesaria, ya que las acciones nacerán directamente en la persona del acreedor, o de la circunstancia de que el ordenamiento civil tenga previstas «soluciones específicas» para algunos supuestos de obligaciones de entregar con finalidad simplemente restitutoria, no debe concluirse, sin más, que en ningún caso fuera de los vínculos traslativos tenga el acreedor derecho a participar en todo lo que provenga de la desaparición física o jurídica de la *res debita*, porque ello no resulta así ni de los términos ni del espíritu del artículo 1.186, ni encuentra justificación alguna al arrebatarse al acreedor cualquier posibilidad jurídica que pueda existir orientada a paliar patrimonialmente los efectos negativos derivados del daño de la cosa.

La fórmula legal («extinguida la obligación por la pérdida de la cosa») vale lo mismo para las obligaciones de traslación que para las obligaciones de devolución, englobando a unas y otras, así como la consecuencia de que correspondan al acreedor «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta», no sólo no excluyen la titularidad de aquél en los casos de ser ya dueño de la cosa adeudada, sino que fuerzan a estimarla en todo supuesto en que una persona tenga derecho a la entrega de cosa determinada. Pues bien, si la regla legal en nada obsta (antes bien, propicia) semejante extensión y si la misma protege más amplia y adecuadamente al acreedor, que es lo que, en definitiva, persigue la norma, ¿por qué restringir a las obligaciones de dar con finalidad traslativa la aplicación de la misma? No existen razones suficientemente convincentes para ello.

5. ¿Y en las obligaciones de hacer? Sobre la base de la literalidad del precepto, que habla de la «pérdida de la cosa», parece que la solución debe ser necesariamente negativa, y en este sentido se manifiesta una clara mayoría de la doctrina sin necesidad de recurrir a mayores argumentaciones, ya que se da por sobreentendida su estricta aplicación a las obligaciones de dar («se observará que el precepto no se aplica en las obligaciones de hacer», dirá, por ejemplo, Delgado Echeverría) (10).

No faltan, sin embargo, voces contrarias a semejante postura restrictiva. Así, en Italia, Mandrioli se muestra partidario de estimar la existencia en el patrimonio del deudor de un elemento representativo del objeto de la prestación cuando, tratándose de obligaciones de hacer, aquél resulte de imposible cumplimiento, por lo que deberá operar el *commodum representationis* a favor del acreedor (11). También en España, Moreno Quesada defiende semejante ampliación, ha-

(10) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, p. 261.

(11) MANDRIOLI: *Commodum representationis*, en «Rivista di Diritto civile», 1928, p. 172.

bida cuenta de que la responsabilidad de los terceros en la lesión de los derechos de crédito procede también en los supuestos de obligaciones de hacer, mera consecuencia del «deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena» (12); y el mismo González Porrás, aunque con menor convicción y con una dudosa apoyatura textual, considera que dicha interpretación extensiva puede mantenerse no sólo por las razones esgrimidas, sino también porque el artículo 1.186 habla de «pérdida de la cosa» —sin decir si ha de ser determinada— (*sic*) y porque nuestro Código civil no utiliza una terminología precisa para diferenciar entre cosa y prestación (13).

Por nuestra parte, también pensamos que la regla en estudio debe extenderse a las obligaciones de hacer cuando sobrevenida la imposibilidad de su cumplimiento pueda el deudor de las mismas reclamar a un tercero en razón del hecho que determinó semejante imposibilidad. Aquí, como en cualquier otro lugar del Código, la escueta expresión legal («pérdida de la cosa») no debe ser óbice para trasladar el régimen contemplado para un supuesto específico a otros que revisitan idéntica *substantia iuris*, porque el objetivo siempre es el mismo: que el acreedor que soporta el *periculum obligationis* obtenga también el *commodum representationis*.

Pocas dudas pueden existir en el supuesto de que la prestación de una obligación de hacer resulte de imposible verificación, se dé la presencia de un tercero responsable y esté abierta al deudor la posibilidad de exigir responsabilidades. ¿Por qué en este caso el acreedor no iba a tener derecho a tales acciones de su deudor, mientras goza de ellas cuando se trata de obligaciones de dar? ¿Acaso el distinto contenido de la prestación es tan determinante como para conceder en unos supuestos y negar en otros algo que, como se ha señalado al comienzo, responde a razones de la más elemental justicia y al propósito de evitar que el deudor, al haber quedado liberado de la obligación que le afectaba, obtenga un enriquecimiento injusto? Si, como dice Larenz, la finalidad del precepto consiste en dar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa debida (14), ¿quién se atreverá a encontrar una diferencia suficiente y justificante, a estos efectos, entre el curso que debe tomar la indemnización del tercero por destrucción ilícita de la cosa debida y la que proceda por impedir también ilícitamente dicho tercero que el deudor realice el concreto servicio a que venía obligado, reteniéndole, por ejemplo, el día en que indefectiblemente debía ejecutarse la prestación de *facere*?

Pero es que, incluso, en nuestro Derecho ni siquiera cabe sostener que la exclusión se derivaría de la literalidad de la ley porque no es tal la situación, sin que haya necesidad de acudir a una argumenta-

(12) MORENO QUESADA: *Problemática de las obligaciones de hacer*, en «Revista de Derecho privado», 1976, pp. 488 y ss.

(13) GONZÁLEZ PORRÁS: *Comentarios...*, *op. cit.*, XVI-1, pp. 310-311.

(14) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 305.

ción tan discutible como la de que el artículo 1.186 habla de «cosa» y no de «cosa determinada», pues aunque el epígrafe de la Sección segunda reza «De la pérdida de la cosa debida», luego resulta que la misma no se refiere tan sólo a las obligaciones de dar (únicas que tendrían sentido bajo semejante membrete), sino a toda clase de obligaciones, ya que el artículo 1.184 contempla también la liberación del deudor «en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». Por ello, si la obligación se extingue y el deudor queda libre no sólo cuando se pierde o destruye la cosa debida, sino también cuando *in genere* la prestación deviene imposible por expresa dicción del texto legal, resultará que incluso literalmente el complemento que el artículo 1.184 realiza respecto al artículo 1.182 deberá entenderse también en relación al artículo 1.186, aunque el legislador haya prescindido de repetir en función de éste lo que ya dispuso en función de aquél.

6. Según el artículo 1.303 del Código civil francés, «cuando la cosa haya perecido, haya quedado fuera del comercio o se haya perdido, sin culpa del deudor, éste está obligado, si tiene algunos derechos o acciones de indemnización con respecto a esa cosa, a cederlos a su acreedor». También el artículo 1.163 del Proyecto García Goyena habla de que el deudor «está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones...». Pues bien, frente a estos precedentes, el artículo 1.186 del Código civil español utiliza la fórmula de que todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de las cosas «corresponderán» al acreedor. ¿Qué valor tiene semejante mutación terminológica?

Lo cierto es que el esquema francés de cesión obligatoria de acciones, aunque contaba con el alto patrocinio de Pothier, fue severamente criticado por la mayoría determinante de los civilistas franceses (Toullier, Marcadè, Duranton, Moulon, Demolombe, etc.) desde la promulgación misma del *Code*, sobre la base de que entraba en conflicto con la nueva doctrina legal de transmisión de la propiedad *solo consensu* y de que no se hallaba en el proyecto de Código preparado por la Comisión: «Fue añadida, sin que se sepa por quién ni por qué..., y los espíritus, todavía poco familiarizados con los nuevos principios, no se dieron cuenta de la incongruencia de esta disposición» (15).

Advertidos por estas críticas, los redactores del Código civil italiano de 1865 transformaron la fórmula francesa de obligación de ceder en la más expeditiva de que los derechos y acciones del deudor respecto a la cosa «pasan» al acreedor, con lo que superaban la contradicción apuntada y se resaltaba que el tránsito tenía lugar *ipso iure* y no mediante el acto de cesión del deudor.

(15) TOULLIER: *Le Droit française suivant l'ordre del Code*, IV, Bruselas, 1830, p. 201.

En la doctrina española, a tenor del cambio conceptual que realizó el Código civil de 1889 frente al Proyecto de 1851, ha existido siempre una clara mayoría a favor de la tesis de la adquisición automática de las acciones por el acreedor. En este sentido, Manresa aseveraba que la redacción clara y terminante del precepto no deja lugar a dudas, «en cuanto a que la transmisión de acciones a que se refiere se verifica por ministerio de la ley, sin necesidad de una cesión dependiente de la voluntad del deudor», añadiendo que «desde el instante en que por la ley se atribuyen al acreedor, instante que es el de la extinción de las obligaciones, desde aquel mismo queda privado de ellas y de su ejercicio el deudor» (16).

También para Albaladejo las acciones pasan al acreedor por ministerio de la ley, en razón de que el fin de la norma es el de la protección del acreedor, por lo que «a la automática extinción de su derecho va unida la automática adquisición del subrogado que correspondía al deudor» (17). De la misma manera, Díez-Picazo considera que la norma del artículo 1.186 confirma la tesis tradicional de que la acción contra el tercero compete directamente al deudor, y al acreedor le concierne sólo a través de una atribución *ex lege*, esto es, «se confiere una especial legitimación, que es directa frente a los terceros, pero el acreedor no ejercita su propio interés, sino una acción que corresponde a su deudor» (18). Y, por su parte, Alonso Pérez estima que «es una mera atribución o transmisión *ipso iure* de las acciones del deudor al acreedor para de algún modo atenuar el *periculum* de la cosa obligada» (19).

En opinión de González Porras, el supuesto del artículo 1.186 del Código civil debe encuadrarse dentro de la atribución *ex lege* del *commodum representationis*, principio del subingresso legalmente atribuido que en nuestro ordenamiento está ampliamente acogido. No piensa que nos hallemos ante una especie de subrogatoria, pues aunque en ambos casos se produzca la sustitución procesal, el ejercicio de la subrogación exige que el que se subroga tenga un derecho vivo frente al subrogado, situación que no se produce en la hipótesis en estudio: «El artículo 1.186 del Código civil, al decir que corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros, lo que hace es claramente determinar, de forma automática, el subingresso del acreedor en los derechos del deudor» (20).

Sin embargo, también desde los primeros momentos se ha defendido en España la originaria tesis francesa de la obligación de ceder los derechos. Así, Mucius Scaevola habla de «cesión de acciones al

(16) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VIII-1 (sexta edición revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, pp. 771-772.

(17) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 301.

(18) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 740.

(19) ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 115.

(20) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, *op. cit.*, XVI-1, p. 314.

acreedor» y acoge las palabras de Bigot, Favard y Jaubert en el sentido de que «el deudor no está obligado a hacer diligencias ni gastos, sino sólo a ceder sus derechos y acciones al acreedor» (21). Pérez González y Alguer estiman que la palabra «corresponderán» del artículo 1.186 es compatible lo mismo con el supuesto de transmisión *ex lege* que con la hipótesis de la obligación de ceder, pero el primer supuesto implicaría «una subrogación del acreedor en un crédito propio del deudor que no puede afirmarse en vista de los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil», aparte de que la misma, caso de que el deudor ya hubiera cobrado la indemnización a que ahora el acreedor tiene derecho, supone que «el deudor habría de ser considerado como actuando por cuenta del acreedor en cuanto a la indemnización recibida, aunque éste no hubiese reclamado todavía el pago»; absurdo patente al que, en su opinión, conduce la doctrina del traspaso *ipso iure* de las acciones (22). En fin, Delgado Echeverría, aunque estima que del origen del precepto en los Códigos francés e italiano (con transmisión de la propiedad por el mero contrato) podría deducirse que la transmisión de las acciones es automática o *ex lege*, o que proporciona directamente una legitimación excepcional al acreedor para ejercitar derechos de su deudor, juzga que «faltando en nuestro Derecho tal premisa, parece más fundada la opinión contraria, es decir, que el deudor queda obligado a ceder al acreedor las correspondientes acciones (o pagar la cantidad ya cobrada en ejercicio de las mismas)» (23).

Pero, sin duda, es Roca Juan quien con mayor argumentación defiende en la doctrina civil española del momento la tesis de la cesión obligatoria. En su sentir, la transmisión automática de las acciones al acreedor no parece ser la idea más adecuada porque al persistir en nuestro Código el sistema de adquisición por el título y el modo, el haber sustituido el explícito deber de ceder las acciones por el ambiguo «corresponderán» al acreedor, sugiere hacerle (por todo lo contrario de lo que movió a los exégetas a hacer la crítica del *Code*) el mismo reproche, pero por razón inversa. Por lo que en cuanto el Código, conforme a la Ley de Bases, acepta la doctrina que exige la tradición para adquirir, aunque suprima la expresión de la obligación de ceder, lleva a tener que interpretar el término «corresponderán» teniendo en cuenta el origen del precepto, es decir, «que la cesión de las acciones por el deudor es necesaria para legitimar al acreedor frente al tercero, y precisa para que el deudor se libere».

Contra la tesis dominante se alza el obstáculo la determinación del momento de la transmisión automática de las acciones, porque mientras la desaparición de la cosa de manera total o que ésta quede

(21) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, XIX, (2.^a ed. revisada por Marin Pérez), Madrid, 1957, pp. 1049-1050.

(22) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1954, p. 247.

(23) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, op. cit., II-1, p. 261.

fuera del comercio son hechos objetivamente determinables de una manera normal, en cambio cuando «perece» es supuesto que puede estar sujeto a distintas apreciaciones, por lo que surgirán desacuerdos que obligarán a la previa declaración judicial de extinción, determinante de la automática transmisión de las acciones del acreedor. Además, cabe que el acreedor acepte un cumplimiento con deterioro o menoscabo de la cosa debida, sin responsabilidad para el deudor, en cuyo caso se excluiría el efecto del artículo 1.186, ya que la obligación se extinguiría por cumplimiento y no por pérdida, y, a lo sumo, las acciones se originarían directamente en el acreedor contra el tercero que lesionó su derecho. Por todo ello, piensa Roca Juan que «acaso sea preferible ver en el fenómeno del artículo 1.186 un caso de subrogación real con cuya cesión o entrega se libera el deudor. Pero no una subrogación legal y automática del acreedor en tales acciones e indemnizaciones, sino un derecho del acreedor a subrogarse, exigiendo la cesión» (24).

7. La verdad es que a la vista del cambio terminológico-conceptual que el artículo 1.186 del Código civil realiza respecto al precedente artículo 1.163 del Proyecto García Goyena resulta muy difícil sostener que en nuestro ordenamiento sigue vigente la añeja fórmula francesa de la obligación de ceder las acciones, fórmula que, por muchos esfuerzos que se realicen, es inencajable dentro del término «corresponderán» que utiliza el precepto en vigor. Argumentar, como hace Roca Juan, que debe sostenerse la vigencia de semejante construcción en aras al principio del título y el modo que rige en el sistema adquisitivo español y proscibiría cualquier supuesto de adquisición automática, no es admisible, en primer término, porque dicho criterio (arts. 609 y 1.095 C.c.) opera tan sólo en relación al tránsito de los derechos reales y aquí estamos en el campo de los derechos de crédito, y, en segundo lugar, porque bajo ese punto de vista también debería excluirse la adquisición *ope legis* en aquellos ordenamientos en que los contratos tienen eficacia real, pues es obvio que en los mismos, aunque no haga falta la *traditio*, sí se requiere al menos la existencia de un *titulus*.

Excluir la transmisión *ex lege*, tal como sostienen Pérez González y Alguer, en base a los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil, tampoco tiene mayor fuerza, ya que los mencionados preceptos establecen los casos en que se presume que hay subrogación en los derechos del acreedor, mientras que aquí no estaríamos ante uno de tales casos, sino ante un supuesto en que la subrogación (*rectius*, adquisición) tiene lugar directamente por disposición de la ley, aparte de que el propio artículo 1.209 deja abierta la puerta a nuevas hipótesis cuando dispone que «en los demás (casos) será preciso establecerla (la subrogación) con claridad para que produzca efecto».

(24) ROCA JUAN: *Sobre la imposibilidad...*, *loc. cit.*, pp. 543 y ss.

En cuanto al presunto absurdo que los mencionados anotadores pretenden se produce al sostenerse el traspaso *ipso iure* de las acciones en el caso de que el deudor ya hubiera cobrado la indemnización, no es tal, porque parece evidente que cuando semejante caso se dé, aunque no se haya producido todavía la reclamación del cumplimiento de la obligación, lo cierto es que habría tenido lugar la extinción de la misma, en cuanto la indemnización se pagará precisamente por la pérdida o destrucción de la *res debita*, y, en este supuesto, estamos ya en el campo de aplicación del artículo 1.186 del Código civil, sin que quepa ver obstáculo alguno en el hecho de que el deudor haya actuado por cuenta del acreedor. Si el artículo 1.186 atribuye al acreedor y para el futuro las acciones que tenga el deudor, a mayor abundamiento, y dentro de la misma línea de compensación del *periculum obligationis* con el *commodum representationis*, le atribuirá también todo lo que dicho deudor haya podido realizar ya al amparo de tales acciones indemnizatorias.

Tampoco parece defendible la idea de Lacruz en el sentido de que aquí estamos en presencia de «una especie de subrogatoria, que apunta sobre todo a la acción contra la compañía de seguros o el causante de la pérdida» (25). Y no lo es, no sólo porque, como apunta González Porras, en la hipótesis del artículo 1.186 no cabe contemplar el ejercicio de la acción subrogatoria en razón de que el subrogante no tiene «un derecho vivo frente al subrogado», sino también porque el propio autor contradice su tesis al parecerle razonable que, en cuanto el acreedor no puede ocupar por propia autoridad la cosa debida, resulta dudoso que el mismo pueda ejercitar acciones «sin tal permiso o declaración judicial de proceder su ejercicio». O una cosa o la otra, pero no las dos a la vez, pues es claro que el ejercicio de las acciones del deudor por vía subrogatoria *ex* artículo 1.111 no precisa que éste proceda a la cesión de las mismas.

8. La dificultad que entraña, de acuerdo a lo que se acaba de señalar, la defensa de la cesión obligatoria en nuestro sistema, parece que deja la puerta expedita a la tesis opuesta de la transmisión *ministerio legis*. Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa debida (o mejor, por la imposibilidad sobrevenida de la prestación), todas las acciones que en razón de la misma pertenecieran al deudor pasan a atribuirse al acreedor de manera automática. Todavía algún autor (Díez-Picazo, Delgado Echeverría) hace la matización de que más propiamente que genuina adquisición de acciones lo que hay es la atribución legal de una legitimación extraordinaria que permite al acreedor ejercitar derechos que corresponden al deudor. Mas, ¿cómo encajar esta subsistente titularidad del deudor con el enfático y terminante «corresponderán» del artículo 1.186 del Código civil?

La verdad es, empero, que entender que en el mismo instante en que se pierde la *res debita* (por limitarnos al caso clínico) tiene lugar

(25) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 117

la transmisión directa y automática por expreso mandato de la ley de todas las acciones que al deudor pudieran pertenecer en razón de aquella pérdida, tiene algo de ficticio e irreal, no sólo en virtud de semejante traspaso *ipso iure*, sino en particular en función de que en un solo, mismo e inaprensible instante tendrían lugar el nacimiento de las acciones indemnizatorias, su atribución al deudor y su metéorico traspaso al acreedor. Piénsese en el caso de destrucción ilícita de la cosa debida por el hecho de tercero; la culpa aquiliana de éste determinará a un tiempo la extinción de la obligación por pérdida de la cosa, la adquisición de la acción de resarcimiento por el deudor y su inmediata desaparición en beneficio del acreedor. ¿No resulta este mecanismo demasiado enrevesado y, sobre todo, demasiado ficticio?

Sabido es que constituye privilegio de la ley humana frente a la ley natural la posibilidad de excluir el orden normal de las cosas y en su lugar instaurar otro excepcional o anómalo. El campo de la *fictio legis*, siempre por superiores razones de justicia o conveniencia objetiva, permite al legislador un amplísimo campo de actuación, pero es obvio que aquélla no deberá operar cuando el mismo resultado pueda obtenerse por los caminos normales de la ortodoxia jurídica, pues el esfuerzo que su puesta en funcionamiento implica no aparecería como necesario ni justificado.

En el supuesto en estudio, se trata nada menos que de fingir que las acciones que nacen en el momento en que se daña la cosa debida, en ese mismo momento se adquieren por el deudor y se traspasan al acreedor. Ciertamente que la ley puede hacer esto y mucho más, pero ¿hay necesidad de ello? ¿Para qué interponer la persona del deudor en un proceso adquisitivo por completo efímero e intrascendente que le hace recibir con una mano lo que al mismo tiempo debe entregar con la otra? Máxime cuando semejante participación de la persona del deudor ni siquiera resulta precisa dentro de ese *tractus*, ya que la adquisición del acreedor resulta producida *ministerio legis*.

A favor de la teoría de la transmisión automática ha coadyuvado, sin duda, la circunstancia de que aunque el artículo 1.186 del Código civil habla de «corresponderán», que pudiera facilitar la idea de que las acciones nacen directamente en la persona del acreedor, a continuación añade que se trata de aquellas acciones que «el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» (la cosa debida), lo que parece obligar a que tenga juego la idea del traspaso, ya que las acciones que van a beneficiar al acreedor han surgido directa y primariamente en la persona del deudor, de ordinario dueño de la cosa dañada o destruida.

Y aquí es donde la interpretación jurídica paga un tributo excesivo a la letra de la ley. ¿Para qué atribuir al deudor unas acciones que por nacer precisamente en el instante en que la obligación se extingue por la pérdida de la cosa debida van a pasar *ipso iure* al acreedor? ¿No resulta mucho más lógico y operativo considerar que tales acciones nacen de una vez a favor de dicho acreedor, sin necesidad del injustificado e intrascendente rodeo de tener que pasar al

mismo tiempo por la esfera jurídica del deudor? Pensamos que ésta debe ser la solución defendible. El «corresponderán» del artículo 1.186 del Código civil ha de entenderse en el sentido de que, por mandato de la ley, siempre que extinguida una obligación por pérdida de la cosa surjan acciones contra terceros «por razón de ésta», tales acciones estarán atribuidas directamente al acreedor sin necesidad de tener que arbitrar el inadecuado mecanismo de la transmisión *ope legis* de las mismas.

INFORMACION LEGISLATIVA (*)

A cargo de
PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

1. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. PERSONAS JURIDICAS. Reconocimiento de la parroquia rural asturiana.

Ley de la Junta General del Principado de Asturias 11/1986, de 20 de noviembre («B. O. E.» del 14 de enero de 1987).

Cumpliendo la previsión del artículo 6 del Estatuto de Autonomía para Asturias, se habilita el procedimiento para la constitución de las parroquias rurales, como entes locales de ámbito inframunicipal. De acuerdo con esta naturaleza, la Ley establece las competencias de las entidades y su régimen orgánico, así como los recursos utilizables para su funcionamiento.

2. ELABORACION DE LAS LEYES. Regulación de la iniciativa legislativa popular en Canarias.

Ley del Parlamento de Canarias 10/1986, de 11 de diciembre («B. O. E.» del 14 de enero de 1987).

La presente Ley, siguiendo el ejemplo de otras equivalentes dictadas por Comunidades Autónomas, regula la tramitación de las proposiciones de Ley realizadas por ciudadanos que gocen de la condición política de canarios y sobre materias competencia de Canarias. Las proposiciones deberán estar suscritas por 15.000 personas o por el 50 por 100 de los electores de una circunscripción insular, cuando su contenido afecte exclusivamente a una isla.

3. ELABORACION DE LAS LEYES. Régimen de la iniciativa legislativa en la Comunidad de Madrid.

Ley de la Asamblea de Madrid 6/1986, de 25 de junio («B. O. E.» del 14 de febrero).

En las materias competencia de la Comunidad de Madrid, podrán ejercer la iniciativa legislativa mediante la presentación de proposiciones de Ley ante la Asamblea, los electores madrileños, en número de 50.000, y los Ayuntamientos con el voto de la mayoría absoluta de la Corporación. En relación con éstos, será precisa la actuación conjunta de tres Ayuntamientos con un censo total superior a 50.000 electores o diez o más Ayuntamientos limítrofes.

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer trimestre de 1987.

2. *Derecho de Obligaciones*

4. **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.** Regulación de los arrendamientos históricos valencianos.

Ley de las Cortes Valencianas 6/1986, de 15 de diciembre («B. O. E.» del 16 de enero de 1987).

A) Exposición:

1. **Ámbito de aplicación:** Esta Ley regula los arrendamientos históricos valencianos, constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre, así calificados por la Administración Agraria Autonómica. La declaración administrativa será instada por el cultivador y la resolución que se dicte será recurrible en vía contencioso-administrativa. En esta categoría de arrendamientos tendrán cabida los que, tras una investigación histórico-jurídica, evidencien su antigüedad inmemorial y los anteriores a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, aunque carezcan del completo soporte documental.

2. **Extinción del arrendamiento:** La Ley no contiene una regulación especial del contenido del contrato que, por ello, deberá regirse por las normas generales del Estado (la Ley de Arrendamientos Rústicos, según la disposición final 2.^a), pero sí contempla varios supuestos en que se extingue la relación contractual:

a) **Acceso del arrendatario a la propiedad de la tierra.** Se remite a la Administración autonómica la creación de medidas de fomento de las adquisiciones.

b) **Expropiación de la finca.** Los expedientes expropiatorios se incoarán con el propietario y el arrendatario separadamente, en reconocimiento de sus respectivas titularidades dominical y empresarial agraria.

c) **Modificación de la calificación urbanística del suelo:** Si debe cesar el cultivo, el plusvalor que se obtenga de la enajenación de la finca, se repartirá entre el propietario y el titular del cultivo, en los porcentajes que la Ley establece.

d) **Asunción del cultivo por el propietario.** En este caso la indemnización a percibir por el arrendatario será equivalente a los porcentajes de plusvalor anteriormente mencionado. El propietario deberá realizar el cultivo de modo personal directo durante diez años.

3. **Sucesión especial en el derecho al cultivo:** Tendrán derecho a suceder al arrendatario en el cultivo las personas específicamente designadas por él y, en su defecto, las determinadas por la Ley de Arrendamientos Rústicos. También podrá el arrendatario designar un sustituto para los casos de imposibilidad personal del cultivo. La designación de sustituto (cesionario) se realizará por la Administración en caso de fallecimiento del cultivador si el cultivo no puede realizarse por el cónyuge y los hijos menores.

B) Observaciones:

La presente Ley supone el inicio del nuevo Derecho Civil valenciano posibilitado por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, de 1 de julio de 1982. Como ya fue señalado en otra ocasión (El Derecho Civil en los Estatutos de Autonomía, en este Anuario, XXXVII-II, p. 418), asistimos ahora a la recuperación de un Derecho Foral que desapareció a principios del siglo XVIII y no sólo por imposición del poder central. La dificultad de identificar las instituciones que formaban el primitivo Derecho valenciano impone realizar una tarea de histo-

ria jurídica que es, además, fundamento de la legitimidad de las normas que actualmente se dicten en el ámbito autonómico.

La especialísima situación creada por el Estatuto, justifica que esta Ley se encuentre precedida de un extenso Preámbulo que trata de justificar la existencia de un régimen arrendaticio valenciano, separado del general. En él, aparte de varias citas doctrinales, se remonta a tiempos muy anteriores a la vigente Ley arrendaticia de 1980 y a la primera especial de 1935, la existencia de peculiaridades valencianas, que llegan a dar una naturaleza diferente al contrato (por él se cede indefinidamente el uso y disfrute de una finca rústica para la explotación agrícola; sus notas características se detallan en el preámbulo).

Reconocida, pues, la existencia de un Derecho Foral en Valencia sólo falta su reconstrucción ejerciendo las competencias autonómicas y para ello, la presente Ley comienza el trabajo evitando cuidadosamente toda confrontación con la legislación especial de arrendamientos al remitir su aplicación sólo a las relaciones nacidas con anterioridad.

5. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN. Régimen de contratación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre («B. O. E.» del 16 de enero de 1987).

La presente Ley establece el régimen de los contratos que celebren los órganos administrativos navarros, dentro del marco de las bases contenidas en la Ley de Contratos del Estado, modificada por el Real Decreto legislativo 931/1986, de 2 de mayo.

6. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Régimen especial de Galicia.

Ley del Parlamento de Galicia 2/1986, de 10 de diciembre («B. O. E.» del 10 de febrero).

La Comunidad Autónoma de Galicia ha conocido en su territorio un régimen especial de arrendamientos rústicos que se separa en algunos puntos del general establecido en las sucesivas Leyes estatales sobre la materia.

Ante la conveniencia de elaborar una Ley autonómica que regule estos contratos, recogiendo las peculiaridades regionales, se procede, ahora, a prorrogar en el territorio gallego la vigencia de la regla 3.^a de la disposición transitoria 1.^a de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, hasta el 31 de diciembre de 1988. Tal disposición de la Ley de Arrendamientos Rústicos estableció, para los arrendamientos anteriores a 1935, cuando se tratase de cultivador personal, una prórroga por dos periodos de tres años, durante los que el arrendatario podría hacer uso del derecho de acceso a la propiedad.

Esta Ley de prórroga que se funda expresamente en las competencias autonómicas sobre las instituciones del Derecho Civil gallego (art. 27, p. 4 del Estatuto de Autonomía), suscita la dificultad de determinar si ciertamente en Galicia el régimen arrendaticio forma parte, actualmente, de su Derecho propio. Un argumento a favor de la competencia autonómica es la inclusión en la Compilación foral de 1963 de un Título completo sobre la aparcería, institución también regulada en las leyes de arrendamientos rústicos.

7. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Se establece la prórroga de algunos contratos.

Ley 1/1987, de 12 de febrero («B. O. E.» del 13).

Ante el cumplimiento del plazo de prórroga previsto en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 para los contratos anteriores a 1935, cuando se trate

de cultivadores personales, por esta Ley se dispone una nueva prórroga por un período de cinco años, durante el cual el arrendatario podrá ejercer su derecho de acceso a la propiedad.

También se amplía el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios, cultivadores directos, cuyo contrato sea anterior a 1942 y por una renta no superior a cuarenta quintales de trigo. Estos podrán ejercitar su derecho durante el segundo período de prórroga legal previsto por la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Al igual que la Ley gallega reseñada anteriormente, se trata, con ésta, de superar los problemas causados por el cierre del período transitorio previsto por la Ley de 1980.

Al respecto, conviene advertir que la Ley estatal resulta más amplia, no sólo en el límite temporal de prórroga, sino también al contemplar los contratos especiales anteriores a 1942. Parece claro que esta última regulación será de aplicación, también, en Galicia, pero en lo referente a la prórroga de los «arrendamientos históricos», el arrendatario gallego recibe un trato menos favorable, lo cual carece de justificación.

3. *Derechos reales*

8. AGUAS. Medidas urgentes para la ordenación de los aprovechamientos hidráulicos en la cuenca del Segura.

Real Decreto-Ley 3/1986, de 30 de diciembre («B. O. E.» del 16 de enero de 1987).

La cuenca del Segura, objeto de regulación hidráulica especial desde 1953, sufre una sobreexplotación de sus recursos que justifica la decisión de reservar a favor del Estado los potenciales aprovechamientos, mientras no se apruebe el Plan Hidrológico de la cuenca.

Se sujetan, también, a la autorización previa de la Confederación Hidrográfica, los aprovechamientos de aguas subterráneas de volumen anual inferior a 7.000 metros cúbicos.

9. LIMITACIONES DEL DOMINIO. Regulación de las carreteras en el Principado de Asturias.

Ley 13/1986, de 28 de noviembre («B. O. E.» del 16 de enero de 1987).

En relación con las carreteras cuyo itinerario se desarrolla íntegramente en Asturias y no se encuentran reservadas al Estado, la presente Ley determina las limitaciones que se imponen a los terrenos colindantes. Al efecto, se delimitan las zonas de dominio público, de servidumbre y de afección, así como la línea de edificación.

En los espacios incluidos en dichas zonas las actividades de construcción quedan sujetas a especiales limitaciones y control administrativo.

Cuando se trate de tramos urbanos, se reconoce preferencia a la aplicación de los planes y demás instrumentos de ordenación urbana.

10. AGUAS. Utilización de aguas para riego en la Comunidad Valenciana.

Ley de las Cortes Valencianas 7/1986, de 22 de diciembre («B. O. E.» del 27 de enero de 1987).

Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de las aguas para riego en la región, la Generalitat aprueba la presente Ley en cuya aplicación habrán de respetarse siempre las competencias ejercidas por el Estado con arreglo a la Ley 29/1985, de 2 de agosto. Con el fin, precisamente, de asegurar la constitucionalidad de la Ley valenciana, se salva expresamente la aplicación de los planes hidrológicos estatales y se concentran las competencias autonómicas sobre régimen de las aguas en su marco territorial.

La Ley declara de interés social la adecuada utilización de las aguas para riego y permite la vigencia de los derechos consuetudinarios compatibles con su régimen. Aparte de ello los instrumentos empleados para racionalizar el uso de las aguas son:

— Medidas de fomento, basadas en la elaboración de planes y consistentes en ayudas financieras o conciertos.

— Medidas de control extensivas a los medios de alumbramiento y regadío, pudiendo establecerse perímetros de protección. La infracción al régimen establecido dará lugar a la imposición de sanciones administrativas.

11. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se aprueban medidas para la protección de la legalidad urbanística en la región de Murcia.

Ley de la Asamblea Regional 12/1986, de 20 de diciembre («B. O. E.» del 24 de febrero de 1987).

El ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia urbanística se ha dirigido principalmente a reforzar las medidas de control administrativo y las sancionadoras previstas con carácter general por la Ley del Suelo de 1976 y sus Reglamentos de desarrollo. Con ocasión del establecimiento del régimen administrativo autonómico en esta materia se establecen normas que afectan a la propiedad fundiaria y al ejercicio de sus funciones por Notarios y Registradores de la Propiedad, con el fin de evitar la proliferación y consolidación de actuaciones urbanísticas ilegales.

La presente Ley regula con detalle las infracciones urbanísticas y las actuaciones administrativas sancionadoras, dedicando especial atención al restablecimiento del orden urbanístico que haya sido infringido. Dentro de su Capítulo II, bajo la rúbrica: «Medidas de prevención y garantías», es donde incluye los preceptos que deben destacarse aquí.

Se refieren a los siguientes temas:

1. Parcelaciones: Para el otorgamiento de escrituras de división o segregación, el Notario autorizante deberá exigir la aportación de licencia o certificado que acredite su innecesariedad. En caso de no aportarse, deberá realizar las advertencias oportunas sobre la ilegalidad en que se incurra. Si los otorgantes acompañan plano del terreno, el Notario lo incorporará en las escrituras.

Los Registradores de la Propiedad harán constar por nota marginal la falta de licencia cuando sea necesaria.

2. Notas marginales: Se harán constar por este medio los actos administrativos que afecten al régimen urbanístico de terrenos determinados.

3. Declaraciones de obra nueva: El Notario deberá advertir sobre la necesidad de la licencia de edificación y sobre las responsabilidades que acarrea su falta. Por su parte el Registrador, si falta la oportuna licencia, lo hará constar por nota marginal.

4. Contratos de obra y suministro: Las empresas constructoras y las suminis-

tráadoras de servicios generales, deberán exigir la presentación de las licencias de construcción o de apertura de establecimientos para la prestación de sus servicios.

5. Garantías especiales para las urbanizaciones: Se impone la obligación de constituir garantías especiales para asegurar la realización de las obras de urbanización y el mantenimiento de los servicios generales.

Como puede observarse, las obligaciones impuestas a Notarios y Registradores de la Propiedad no llegan a limitar el ejercicio de sus funciones y tienden sólo a dar conocimiento suficiente a las partes de la situación urbanística de los terrenos y a facilitar la posible actuación de los órganos administrativos competentes.

12. BIENES PUBLICOS. Regulación del patrimonio de la Diputación Regional de Cantabria.

Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 7/1986, de 22 de diciembre («B. O. E.» del 3 de marzo de 1987).

Como otras Comunidades Autónomas, la cántabra regula sus bienes, tanto patrimoniales como de dominio público, inspirándose en la Ley del Patrimonio del Estado, pero añadiendo las normas referentes a los bienes demaniales. Se incluyen las normas sobre las prerrogativas administrativas en materia patrimonial y sobre la adquisición, aprovechamiento o enajenación de los bienes que no discrepan de las generales.

Cabe destacar las competencias del Consejo de Gobierno para, mediante Decreto, concertar transacciones, someter contiendas a arbitraje y aceptar adquisiciones a título gratuito. Las herencias se entenderán siempre aceptadas a beneficio de inventario.

13. BIENES PUBLICOS. Regulación del patrimonio de la Comunidad de Madrid.

Ley de la Asamblea de Madrid 7/1986, de 23 de julio («B. O. E.» del 6 de marzo de 1987).

La presente Ley establece el régimen de todos los bienes que pertenecen a la Comunidad de Madrid, no sólo de los integrantes de su patrimonio privado, sino también de los bienes de dominio público, estableciendo su régimen de aprovechamiento. Al respecto, las normas que contiene no difieren de las generales, recogidas en disposiciones del Estado; conviene, sin embargo, destacar las siguientes:

1. Las transacciones o sometimientos a arbitraje de contiendas que afecten a bienes patrimoniales deberán aprobarse por el Consejo de Gobierno, pero será precisa Ley de la Asamblea cuando el valor del bien exceda de 200 millones de pesetas.

2. Para adquirir bienes a título gratuito, habrá de obtener la aprobación del Consejo de Gobierno y, en todo caso, la aceptación de herencias se entenderá hecha a beneficio de inventario.

II. DERECHO REGISTRAL.

14. LENGUAS OFICIALES. Regulación del uso del vascuence en Navarra. Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre («B. O. E.» del 20 de enero de 1987).

Como otras Comunidades Autonómicas, la de Navarra ha elaborado una Ley para el fomento de uso de la lengua regional en su territorio, regulando los efec-

tos del uso de la misma en actividades administrativas y otras públicas. Peculiaridad de esta disposición es la división del territorio navarro en tres zonas lingüísticas: vascófona, mixta, y no vascófona, cuya delimitación por términos municipales realiza la Ley.

Con carácter general, en cualquier zona, se reconoce el derecho a los ciudadanos para dirigirse a los entes administrativos navarros en vascuence, pero el uso del vascuence en la zona vascófona tiene una regulación especial de la que pueden destacarse las siguientes normas:

1. Los documentos públicos se redactarán en la lengua que elija el otorgante o acuerden las partes.

Las copias o testimonios que expidan los fedatarios lo serán en la lengua que determine el solicitante, por lo que aquéllos deberán traducir, si es preciso, las matrices, bajo su responsabilidad. Las copias que deban surtir efecto fuera de la zona vascófona siempre estarán en castellano.

2. Los asientos de los Registros públicos se redactarán en la lengua del documento inscribible y, además, en castellano. Las copias y certificados podrán expedirse en castellano o vascuence.

3. Los ciudadanos podrán utilizar ante la Administración de Justicia cualquier lengua oficial, de acuerdo con la legislación vigente.

La regulación mediante Ley Foral del uso oficial del vascuence estaba prevista por el artículo 9 de la Ley de Amejoramiento y Reintegración del Régimen Foral de Navarra (Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto), pero el contenido que se ha dado a la Ley reseñada parece exceder los límites de las competencias de esta singular autonomía. Concretamente, las normas indicadas más arriba sobre la extensión de los documentos públicos, imponiendo a los fedatarios la misión de traducir los originales y estableciendo reglas para su redacción, así como las relativas a los Registros públicos, no limitadas a los propios de la Administración Foral, invaden las competencias exclusivas del Estado sobre estas materias, según el artículo 149, punto 1, número 8, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a las cuestiones específicas antes planteadas, pues en sus sentencias 82 y 83/1986, de 26 de junio («B. O. E.» del 4 de julio) referentes a las Leyes de normalización lingüística vasca y catalana, los motivos de inconstitucionalidad que utiliza afectan a otras materias.

No obstante, de dichas resoluciones se desprende con claridad que no es admisible extender las competencias autonómicas para facilitar y fomentar el uso de su lengua regional (oficial en su territorio) a la regulación de materias reservadas en exclusiva al Estado (como era, en los casos enjuiciados, la legitimación procesal, la aplicación de las normas jurídicas o las titulaciones oficiales).

15. REGISTRO CIVIL. Legitimación para obtener certificaciones.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de enero de 1987 («B. O. E.» del 20).

La necesidad de proteger suficientemente la intimidad personal y familiar y la existencia de datos registrales de publicidad restringida, son el fundamento de esta Instrucción, que trata de limitar la utilización abusiva del principio de publicidad registral. Para ello, se distinguen dos tipos de certificaciones:

1. Las que contengan datos reservados según el artículo 21 del Reglamento,

que sólo podrán ser solicitadas por las personas autorizadas, según el mismo Reglamento, y cumpliendo los trámites y requisitos propios.

2. Las ordinarias, cuya uso abusivo deberá evitar el encargado del Registro, exigiendo se le acredite el interés legítimo para solicitarlas, que deberá ser la prueba del estado civil o del contenido del Registro. Claro está que el particular al que se niegue la certificación podrá acudir al recurso procedente.

16. REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Régimen de publicidad de los libros.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1987 («B. O. E.» del 13).

Completando y refundiendo los criterios sentados en anteriores Instrucciones y Resoluciones del Centro Directivo se establecen ciertos criterios para llevar a efecto el principio de publicidad registral. Así, se relacionan normas para apreciar la legitimación de los solicitantes de información registral, para controlar la exhibición de los libros y se indican las formas de publicidad, con especial referencia a la nota simple informativa mediante fotocopia, de tanta aplicación práctica en la actualidad.

III. DERECHO MERCANTIL

17. SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES. Procedimiento para la concesión de los beneficios tributarios.

Real Decreto 2.696/1986, de 19 de diciembre («B. O. E.» del 3 de enero de 1987).

La Ley 15/1986, de 25 de abril, reguló las Sociedades Anónimas Laborales, concediéndolas una serie de beneficios fiscales. Se regula ahora el procedimiento para el reconocimiento definitivo de los mismos por la Administración Tributaria. Particularmente, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la autoliquidación deberá practicarse con bonificación del 99 por 100, condicionada a su obtención final.

18. COMPRAVENTA MERCANTIL. Regulación del comercio y de las superficies comerciales en la Comunidad Valenciana.

Ley de las Cortes Valencianas 8/1986, de 29 de diciembre («B. O. E.» del 30 de enero de 1987).

A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: La Ley regula los aspectos administrativos de las actividades comerciales en Valencia que carezcan de una normativa específica. El concepto incluye las operaciones que consistan en ofrecer en el mercado interior productos o servicios, bajo cualquier forma de comercialización, venta o prestación, sean mayoristas o minoristas.

2. Principios generales: El desarrollo de la actividad comercial se producirá en régimen de libertad de empresa pero la Generalitat podrá exigir requisitos de cualificación técnica o titulación. En todo caso, se exigirá la inscripción en el Registro General de Comerciantes y Comercio. Como regla general, los precios serán libres, debiendo ser exhibidos de forma pública y clara, de forma que se asegure su conocimiento completo por los compradores.

Por el contrario, se prevé una regulación rígida de los horarios comerciales, que se fijarán reglamentariamente, con un límite máximo de 60 horas semanales.

3. Modalidades de actividades comerciales: La Ley distingue diversos tipos, que define, señalando los requisitos a cumplir en cada caso.

a) Distribución en instalaciones fijas: Estas actividades comerciales, consideradas como típicas, requieren la inscripción del establecimiento en el Registro General de Comerciantes y Comercio; sólo será necesaria autorización previa de la Consejería competente en casos especiales. Los Ayuntamientos concederán las licencias de apertura ordinarias, correspondiendo al Consell de la Generalitat la aprobación de normas generales que deban integrarse en las Ordenanzas municipales.

El comercio minorista recibe una atención particular, estableciéndose normas especiales para la distribución de productos artesanales o agrícolas y ganaderos, así como para la actividad de cooperativas o economatos. Los centros comerciales de gran superficie deberán ser autorizados por la Conselleria competente, aplicándose tal régimen a los que rebasen los mil metros cuadrados, o seiscientos cuando la población no alcance los cuarenta mil habitantes.

b) Ventas realizadas fuera del establecimiento: se definen y regulan tres modalidades:

— Venta no sedentaria, que incluye la ambulante y la realizada en puntos no estables por vendedores habituales u ocasionales. Su régimen detallado es competencia de los Ayuntamientos, a través de Ordenanzas municipales.

— Venta domiciliaria realizada en el domicilio de los compradores, individualmente o mediante reuniones. En ellos el comprador disfrutará de un «período de reflexión» de 7 días para resolver la operación.

— Venta a distancia, que supone la previa oferta por correo y la aceptación ulterior del comprador.

En todo caso la Comunidad Autónoma controlará a las empresas dedicadas a estas actividades, que no podrán tener por objeto productos alimenticios ni aquéllos que no cumplan los requisitos de seguridad y sanitarios establecidos.

c) Ferias comerciales: La Ley las configura como medios de promoción comercial, sin que puedan dar lugar a ventas directas con retirada de las mercancías. Su regulación se remite a normas reglamentarias.

d) Ventas promocionales: Sólo serán lícitas las ventas realizadas con ventajas especiales para los compradores cuando tengan encaje y respeten los requisitos establecidos para las siguientes modalidades:

— Ventas a pérdida, realizadas a precio inferior al que compra, o de reposición.

— Ventas en rebaja, que sólo podrán practicarse en temporadas fijas y con publicidad temporalmente limitada también.

— Ventas de saldos, en caso de productos que hayan perdido actualmente o sufran algún deterioro.

— Ventas con descuento, que deben ser de objetos al comercio habitual, gozan de generalidad y mantenerse durante 24 horas.

e) Ventas con aplazamiento: Entrañan la entrega de los productos o servicios en un momento posterior a la celebración del contrato, por lo que se impone

la obligación de extenderse una factura donde conste las prestaciones debidas y el precio pagado.

4. Régimen de la publicidad: La Ley trata de asegurar que las actividades publicitarias supongan la difusión de información clara y veraz, evitando confusiones. Corresponde a los órganos autonómicos velar por el cumplimiento de estos principios, así como colaborar con los órganos estatales para la represión de la competencia desleal.

5. Actuación administrativa sobre el comercio: La Generalitat valenciana desarrollará actividades de fomento y control de las actividades comerciales. Las infracciones al régimen establecido en la Ley serán sancionadas de acuerdo con la tipificación que se detalla, pudiéndose ordenar, en casos graves, la cláusula del establecimiento comercial.

B) Observaciones:

Las Leyes dictadas por las Comunidades Autónomas para regular el régimen comercial plantean un problema básico: determinar el título competencial que funda su elaboración por los órganos autonómicos. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 88/1986, de 1 de julio («B. O. E.» del 22), destacó los criterios básicos que rigen en la materia, con ocasión de los recursos interpuestos contra la Ley catalana 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales. La sentencia tiene especial importancia para la Ley valenciana que se reseña, pues buena parte de sus preceptos fueron inspirados por la Ley catalana antes citada.

Señala el Tribunal Constitucional que la competencia de las Comunidades Autónomas en este campo es puramente administrativa (no puede llegar a alterar el contenido de contratos entre particulares, ni a regular las consecuencias «inter privados» del incumplimiento de normas autonómicas, ya que la legislación mercantil está reservada al Estado por la Constitución) y debe ejercitarse sobre materias relacionadas con la defensa de los consumidores (competencia atribuida a la Comunidad Valenciana por el art. 34, p. 5 de su Estatuto de Autonomía), con exclusión de la defensa de la competencia (por estar reservada al Estado con exclusividad).

La aplicación de estos criterios o principios generales a la Ley valenciana reseñada, de forma equivalente a la actividad que realiza el Tribunal en la sentencia indicada, hace aflorar ciertas dudas sobre la constitucionalidad de aquélla. En efecto, la restricción del ámbito de las llamadas ventas promocionales (art. 25, p. 2) puede entenderse que vulnera la unidad de mercado; la limitación de las ventas en rebaja a las temporadas que se determinen [art. 27, p. 2 a)] afecta a la libertad de empresa; las trabas al ejercicio del comercio que resultan de las ventas en liquidación (art. 30) invaden la legislación mercantil; ciertas condiciones de las ventas con descuento (art. 33) limitan también la libertad de empresa y la regulación de la competencia desleal se extiende a una materia propia del Estado. Con el fin de que la Ley sea depurada de las irregularidades de que adolece, debe esperarse que sea impugnada ante el Tribunal Constitucional por los órganos legitimados para ello.

19. EMISION DE TITULOS-VALORES. Régimen de la que se realice por Organismos Internacionales.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 3 de febrero de 1987 («B.O.E.» del 9).

Haciendo uso de la previsión contenida en el Real Decreto 2.374/1986, de 7 de noviembre, sobre inversiones españolas en el exterior, se procede a regular la emisión, negociación y cotización en España de valores emitidos por Organismos internacionales de los que España sea miembro, pero sólo cuando estén denominados en pesetas.

Las emisiones deberán ser autorizadas por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y los títulos podrán ser negociados y cotizados libremente en España. Tales valores tendrán la consideración de efectos públicos a efectos bursátiles, y podrán incluirse en el nuevo sistema regulado por el Decreto 1.128/1974, de 25 de abril.

Las inversiones en estos títulos realizados por españoles queda sujeta al régimen de las inversiones en el extranjero, gozando los inversores y las entidades emisoras de los correspondientes derechos de transferencia al exterior en cada caso. Hasta el fin de 1987, todas las operaciones sobre estos valores deberán liquidarse y compensarse en España.

Finalmente, a efectos fiscales, las emisiones se entenderán realizadas por Entidades no residentes y sin establecimiento permanente en España.

20. ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. Adaptación de sus normas al ordenamiento jurídico de la CEE.

Real Decreto 184/1987, de 30 de enero («B. O. E.» del 10 de febrero).

El Real Decreto legislativo 1.298/1986, de 28 de junio (reseñado en este Anuario, XXXIX-II, disposición n.º 19 de la Información legislativa), modificó las normas legales reguladoras de los establecimientos de crédito, para recoger en ellos las disposiciones de la CEE; ahora se procede a realizar la misma adaptación pero en relación con las normas reglamentarias que se refieren a esta materia.

Los temas afectados por la nueva disposición son:

— Autorización para la creación de Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, cajas rurales, sociedades de crédito hipotecario y entidades de financiación.

— Composición del Consejo Superior Bancario.

Cierra el Decreto una disposición derogatoria que precisa las normas afectadas por su promulgación.

21. FERIAS. Ordenación de las ferias comerciales en Cantabria.

Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 8/1986, de 22 de diciembre («B. O. E.» del 3 de marzo de 1987).

Las ferias reguladas por esta Ley son, solamente, las que tengan por objeto exponer muestras de bienes y ofrecer servicios, para promover el acercamiento de oferta y demanda, con admisión de pedidos, pero sin realizar ventas directas con retirada de mercancías durante su celebración. La Administración autónoma (Consejería de Economía, Hacienda y Comercio) será competente para autorizar y llevar el control de las ferias y de las entidades organizadoras.

Se regulan especialmente las instituciones feriales, entes asociativos con personalidad jurídica y carentes de ánimo de lucro, creados con el fin concreto de organizar certámenes. Estas instituciones y las demás entidades que pretendan organizar ferias deberán inscribirse en un Registro oficial llevado por la Administración autonómica.

22. ENTIDADES DE DEPOSITO. Modificación del coeficiente de inversión obligatoria.

Real Decreto 321/1987, de 27 de febrero («B. O. E.» del 5 de marzo).

Cubriendo una nueva etapa en el proceso de reducción de los coeficientes de inversión obligatoria que pesan sobre los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, se fija el importe de los activos a invertir en el 11 por 100 de los recursos computables, haciendo uso de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 13/1985, de 25 de mayo (reseñada en este Anuario XXXVIII-II, disposiciones n.º 16 de la Información Legislativa). Esta obligación de invertir se materializará en los siguientes títulos:

1. Pagarés del Tesoro y Deuda del Estado, o del Tesoro determinadas como computables.
2. Títulos emitidos o calificados por las Comunidades Autónomas.
3. Activos que el Gobierno señale y estén relacionados con la agricultura, pesca o la mejora del medio rural, cuando se trate de Cajas Rurales.
4. Créditos para financiar exportaciones extracomunitarias en el caso del Banco Exterior de España.

La rentabilidad de los títulos o activos no emitidos por el Tesoro o el Estado deberá ser superior a los mínimos que precisa este Real Decreto.

También contiene esta disposición una larga lista de las normas derogadas.

23. ENTIDADES DE DEPOSITO. Liberalización de los tipos de interés y comisiones.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 3 de marzo de 1987 («B. O. E.» del 5).

Esta disposición, a pesar de su rango inferior, tiene gran incidencia en el régimen de los Bancos, Cajas de Ahorro, y sus operaciones crediticias, por suprimir una parte importante de las trabas administrativas que pesaban sobre ellas. Una norma final derogatoria señala una larga lista de disposiciones cuya vigencia queda afectada por la que se reseña. Otra disposición final remite al Banco de España la regulación de buen número de requisitos de las operaciones bancarias, reiterando, pues, la concepción de dicho organismo como titular de un cierto poder reglamentario derivado, tesis discutida por la doctrina administrativa.

La Orden se refiere a las siguientes materias:

1. Tipos de interés: Se declaran, en general, libres los aplicables por las Entidades de depósito, tanto en sus operaciones activas como pasivas, y sin perjuicio de que subsistan los límites especiales para las operaciones coimputables en coeficientes. Desaparece, pues, el reducto de limitaciones que conservó la Orden de 17 de enero de 1981. Lógica consecuencia es que se obligue a las Entidades a publicar los tipos de interés que apliquen en sus operaciones y los criterios para su devengo.

2. Comisiones: Se declaran también libres, pero con obligación de publicar las tarifas aplicables.

3. Formalización de los contratos bancarios: La Orden, sin innovar el ordenamiento, pues ya la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios es aplicable a estos contratos (Ley 26/1984, de 19 de julio, reseñada en este Anuario XXXVII-IV, disposición n.º 4 de la Información legislativa) dispone la obligación de las Entidades de entregar a los clientes un ejemplar de su documento contractual,

así como de reflejar con claridad y precisión todos los gastos que las operaciones llevan consigo.

Se crea en el Banco de España, un servicio de Reclamaciones a modo de arbitrador voluntario, para conocer de los incidentes que puedan plantear los clientes de las Entidades de depósito. Obviamente, la existencia de este Servicio no afecta al empleo de la vía jurisdiccional.

4. Emisión de bonos: Se engloba la autorización de que precisan los Bancos industriales en la autorización del folleto previsto por el Real Decreto 1.851/1978, de 10 de julio.

5. Distribución de beneficios por las Entidades: Sólo podrán destinarse a dividendos, retornos o aplicaciones de la Obra beneficio-social, antes de la aprobación de las cuentas por las asambleas generales respectivas, la mitad de los beneficios que luzcan en cuentas una vez detraídas las provisiones oportunas.

En todo caso, deberá cumplirse el artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas, dar el debido conocimiento al Banco de España y disponer de suficientes recursos propios.

6. Apertura de oficinas: Deberá comunicarse al Banco de España, así como su cierre, traspaso, cesión o el cambio de domicilio de las Entidades.

V. OTRAS DISPOSICIONES

24. SEGURIDAD SOCIAL. Régimen de cotización en 1987.

Real Decreto 41/1987, de 16 de enero («B. O. E.» del 17).

Como en años anteriores se establecen las bases y topes de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Social y Formación Profesional en 1987.

25. CASTILLA Y LEÓN. Regulación de la Hacienda autonómica.

Ley de las Cortes de Castilla y León 7/1986, de 23 de diciembre («B. O. E.» del 31 de enero).

Varias Comunidades Autónomas han procedido a regular, mediante Ley propia, su régimen hacendístico, tomando generalmente como modelo la Ley General Presupuestaria, de 4 de enero de 1977. También la Comunidad de Castilla y León ha actuado de esta forma, pero ampliando notablemente el contenido de la Ley dictada, que comprende, además, principios básicos sobre la organización administrativa de la Autonomía y normas de procedimientos administrativos (el régimen completo de la revisión de actos).

De lo que puede calificarse como contenido normal de la Ley, cabe destacar las siguientes normas:

1. Se remite a la Ley autonómica la regulación del patrimonio y de la contratación de la Comunidad.

2. La Comunidad Castellano-leonesa, gozará de las mismas prerrogativas y beneficios concedidos al Estado, tanto en el ámbito fiscal (art. 14) como recaudatorio (art. 42).

3. Para celebrar transacciones o someter contiendas a arbitraje, será preciso Decreto de la Junta, previa consulta al Consejo de Estado (art. 44, p. 3).

4. La representación y defensa en juicio de la Hacienda Comunitaria corresponderá a los Letrados de la Asesoría Jurídica General, salvo cuando se designe

un abogado específico, y sin perjuicio de las competencias de los servicios jurídicos del Estado (art. 47).

5. Se regulan con detalle las operaciones de endeudamiento de la Comunidad, clasificándose las mismas. La deuda pública y demás títulos-valores que emita la Comunidad se sujetan a las mismas normas y gozarán de los beneficios atribuidos a la Deuda Pública estatal (art. 181, p. 2).

26. **TRIBUTOS.** Ingreso de retenciones y pagos a cuenta.

Real Decreto 140/1987, de 30 de enero («B. O. E.» del 31).

Siguiendo el criterio utilizado en el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (Real Decreto 2.028/1985, de 30 de octubre) se impone a las empresas con volumen de operaciones anual, superior a los mil millones de pesetas, la obligación de ingresar las retenciones a cuenta del Impuesto de Sociedades y los ingresos a cuenta previstas en la Ley de Activos Financieros, que practiquen, en los veinte primeros días de cada mes. El régimen anterior de ingreso trimestral sigue vigente para las demás retenciones en las que no concurra la circunstancia indicada.

27. **MONEDA.** Régimen del movimiento de divisas y pesetas por frontera.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 13 de marzo de 1987 («B. O. E.» del 27).

Se establece un régimen general de liberalización para los pagos de gastos de viajes y estancia en el extranjero, suprimiéndose las restricciones antes vigentes. Sólo perdura un límite de 350.000 pesetas por persona y viaje para la adquisición de divisas, pero no se limita a estos efectos, el empleo de Tarjetas de Crédito.

En cuanto al movimiento de pesetas, los residentes podrán ser portadores de 100.000 pesetas. Igual límite será aplicable a las no residentes, salvo justificación del origen de cantidades superiores. Tal régimen será de aplicación a las divisas que extraigan los no residentes.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Vídeo comunitario, libertad de expresión y concepto público

J. M. RODRIGUEZ TAPIA

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado en el último trimestre de 1986 dos sentencias que, por su proximidad en el tiempo, la identidad de los casos y el sentido y razonamiento del fallo, merecen un comentario conjunto, dada la vigencia del tema —las instalaciones de vídeo comunitario—, así como las reacciones de los sectores afectados por la decisión —de forma destacada los productores y distribuidores cinematográficos— y la influencia que en decisiones posteriores de los tribunales inferiores puedan tener las decisiones objeto de comentario.

Por otra parte, dado que ambas decisiones (STS 17-11-86 y STS (3.ª) 11-12-86) han sido culminación de sendos procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, no han podido ser alegadas y resueltas ante los tribunales todas las cuestiones que se plantean en los hechos antecedentes. Sin embargo, nos vamos a permitir exponer algunas de ellas, no para ofrecer al tribunal alternativas de decisión, sino en la creencia de que en un proceso no especial deberían haber sido solventadas y en la creencia, tal vez errónea, de que en ellas se halla la clave del problema planteado por los vídeos comunitarios, clave que no ha aflorado debido en parte a los estrechos márgenes de alegación del proceso establecido por la Ley 62/78, en parte por la vía adoptada por la Administración y sus letrados para intervenir, en primer lugar, y para defenderse, más tarde, en los procesos comentados: los derechos de los autores cinematográficos y de sus productores, distribuidores y exhibidores autorizados.

ANTECEDENTES.

El Gobierno civil de Sevilla, por diversas resoluciones (de fechas 16-9-85, 16-10-85, 28-10-85 y 30-10-85) ordena la interrupción de las emisiones y el precintado de las instalaciones de diversos locales dedicados a transmitir una señal audiovisual por medio de cable coaxial a diversos inmuebles de barriadas de la capital y de dos pueblos de la provincia de Sevilla.

Contra dichas resoluciones, los afectados por la medida gubernativa, varios particulares y una sociedad anónima, recurren acogiéndose a

la Ley 62/78, ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia de Sevilla, que falla el 7 de marzo de 1986, estimando completamente el recurso y anulando las resoluciones del Gobierno civil por conculcar el artículo 20.5 CE y declarando el derecho de los recurrentes a continuar sus actividades. Tres de los particulares recurren en apelación al Supremo para que se examinen los vicios formales de las resoluciones anuladas, al conocer el recurso del Letrado del Estado.

En ambos casos, el Letrado del Estado y el Ministerio Fiscal recurren en apelación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y lo que se alega fundamentalmente es lo mismo que en la instancia, a saber:

- 1.º que se trata de un tema propio de la legalidad ordinaria;
- 2.º que con tal actividad de emisión no se ejerce la libertad de expresión, y
- 3.º que se necesita previa autorización administrativa en cuanto es actividad dirigida a un sector del público.

El fallo del Tribunal Supremo, por sentencias de su Sala Tercera de fechas 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986, fue igualmente desestimatorio del recurso, considerándose por tanto nulas las resoluciones del Gobierno civil por conculcar el artículo 20 CE y acogiéndose al principio general de que, a falta de regulación, lo no prohibido está permitido.

La doctrina contenida en ambas sentencias puede ser resumida en torno a los tres ejes que fundamentan la decisión: el vídeo comunitario como ejercicio de la libertad de expresión, el vídeo comunitario no es televisión, y el vídeo comunitario no es una actividad pública.

a) *Vídeo comunitario y Constitución: libertad de expresión y de empresa*

El artículo 20 CE comprende la libertad de expresión y la de información y la de información entre otras; ambas tienen límites comunes (art. 20.4 CE) y existen límites peculiares (la veracidad de la información); pero ambas comprenden tanto el derecho de los emisores como el de los receptores de dichas ideas, opiniones o información (FJ 1.º STS 11-12-86). El artículo 20 CE, como ha dicho el Tribunal Constitucional, reconoce el derecho a difundir ideas, pensamientos y opiniones, así como crear medios materiales para hacer efectiva la difusión. La inexistencia de interferencias en los vídeos comunitarios no impide el ejercicio del derecho por otros vídeos comunitarios (FJ 6.º STS 17-11-86). El vídeo comunitario es un instrumento adecuado para transmitir ideas, pensamientos y opiniones grabadas en los videogramas; por ello, se trata del ejercicio del libre derecho de expresión, propio y fundamental, reconocido en el artículo 20.1 CE, cuyo ejercicio es para transmitir los videogramas y asimismo para recibirlos, según los apartados a) y d) del artículo 20.1 (FJ 4.º STS 17-11-86). El vídeo es un soporte neutro instrumental, dotable de contenido heterogéneo, medio de difusión del pensamiento, la creación, la enseñanza y la información, facetas todas ellas reconocidas en el artículo 20 CE. La prohibición del vídeo comunitario

desconoce y menoscaba la libertad de expresión y el derecho a la información de los usuarios, la de quienes organizan tal actividad, además de afectar a su libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE. A ello no obsta, en absoluto, el ánimo de lucro en la prestación, remunerada mediante un precio y con talante netamente mercantil, ya que todos los medios de transmisión de ideas y noticias solapan esta función trascendente con su aspecto empresarial, inevitable y beneficioso en una economía de mercado (FJ 3.º STS 11-12-86).

Este derecho fundamental ejercido por la actividad de vídeo comunitario no está regulado en norma legislativa alguna; siendo derecho fundamental reconocido y amparado por la CE y no estar limitado por ley de suficiente rango jurídico, ni resultar rebasadas las prohibiciones del artículo 20.5, su ejercicio es directo e inmediato, sin poder restringirlo la aplicación analógica de normas dictadas para la televisión pública (FJ 5.º STS 17-11-86). Si el vídeo comunitario está comprendido en el artículo 20 CE y su regulación es inexistente, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de proscribirla por medio de un simple acto administrativo (FJ 4.º STS 11-12-86). El sistema de libertades fijado en la CE parte de la base de que el ciudadano puede hacer no únicamente lo que las leyes autorizan, sino todo aquello que las leyes no prohíban, siendo precisamente la Administración, no los administrados, quien necesita contar con una cobertura legal previa para legitimar en cada caso sus actos (FJ 4.º STS 11-12-86; FJ 7.º STS 17-11-86).

b) *El vídeo comunitario no es emisión de televisión*

La actividad de vídeo comunitario consiste en la difusión de producciones cinematográficas recogidas en videogramas y transmitidas por cable coaxial a personas residentes en el bloque de edificios, recibéndolas en las pantallas de sus respectivos televisores (FJ 2.º STS 17-11-86). Cuando las Leyes del Estatuto de RTVE y del tercer canal de TV se refieren a emisiones de televisión, como funciones exclusivas de los entes públicos autorizados por el Estado, no comprenden en tal concepto a los vídeos comunitarios..., porque mientras aquéllas se dirigen a través de ondas radioeléctricas, aéreas, a la generalidad común y total de personas, éstas únicamente llegan por cable a sujetos individuales de circunstancias específicas (FJ 3.º STS 17-11-86). El magnetoscopio, vídeo, se acopla mediante cable a cualquier receptor para grabar, y su modalidad reproductora múltiple y simultánea —vídeo comunitario— no altera las características indicadas. No lanza ondas radioeléctricas ni de ningún otro tipo al espacio, porque utiliza una conexión física dentro de un edificio o un grupo de ellos, en una zona acotada. Su actividad no consiste en emitir o transmitir a distancia imagen y sonido, no es televisión, sino algo distinto. No estamos en presencia de una actividad que se produce hacia el exterior, sino interna en el ámbito de la intimidad y, en cierto modo, doméstica (FJ 3.º STS 11-12-86).

c) *El vídeo comunitario no está dirigido al público ni a un sector del mismo*

Los usuarios del servicio son personas concretas y previamente determinadas, con domicilio en edificios de la referida barriada, independientemente de que también puedan disfrutarlo los familiares y amigos que acudan a sus moradas (FJ 2.º STS 17-11-86). Si la actividad de vídeo comunitario está destinada a personas determinadas, no merece el conjunto de estas personas la calificación de público en general ni de un sector del mismo, que tanto el estatuto de RTVE como la ley reguladora del tercer canal de TV exigen para considerarlo dentro del servicio público esencial de televisión cuya titularidad corresponde al Estado, porque le falta la nota sustantiva, definidora, de ser común, general y abierto a todas las personas sin discriminación ni traba alguna (FJ 3.º STS 17-11-86). Ya la Dirección General de lo contencioso dictaminó que la exhibición de material audiovisual por vídeo comunitario no tiene carácter público por cuanto va dirigida a los habitantes de un inmueble, sus familiares y personas que ellos invitan y permitan el acceso a sus domicilios, los cuales son locales privados (FJ 3.º 17-11-86). La actividad no es una exhibición pública en locales ad hoc, sino una actividad nueva, carente de regulación legal. No se trata, por tanto, de un espectáculo, sino del suministro colectivo, pero individualizado, de una prestación lícita cuando se realiza directamente por el usuario y que no cambia ese carácter porque la proporcione un tercero (FJ 4.º STS 11-12-86).

DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 20; art. 38 CE; art. 1.º Ley 4/80, estatuto de RTVE; disposición adicional 1.ª Ley 46/83, tercer canal TV; considerados inaplicables por el Supremo la Orden 13-5-70 y R.D. 2.332/1985, de 1 de septiembre, sobre exhibición de material audiovisual.

Las dos sentencias de la Sala Tercera del Supremo de fechas 17 de noviembre de 1986 (ponente: Sr. Agundez) y de 11 de diciembre de 1986 (ponente: Sr. Mendizábal) se pronuncian terminantemente sobre un tema que a nosotros nos provoca más de una duda, pero no sólo en el plano teórico de los conceptos, sino sobre todo a la luz de los preceptos legales aplicados por el alto Tribunal y de los declarados inaplicables, así como de aquellos preceptos y normas vigentes que no se mencionan en absoluto en dichas sentencias y que tienen una conexión directa con el tema (legislación sobre espectáculos y sobre propiedad intelectual).

Descendiendo, pues, del terreno de las ideas abstractas y ateniéndonos al derecho positivo español vigente en la fecha de dichas decisiones, cabe formularse varias preguntas que requieren no una especulación, sino una interpretación armónica para, de lege data, dar una respuesta al problema o conjunto de problemas suscitados por los hechos antecedentes de las resoluciones comentadas. Ya se dijo al principio que el estrecho margen por el que discurre el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales impide que las alegaciones del actor va-

yan más allá de la vulneración de derechos fundamentales y que la discusión en el proceso no exceda de ello, pero esto no puede significar que la Administración no hubiera podido alegar algo más que el estatuto de RTVE para legitimar su intervención y la Audiencia de Sevilla y la Sala Tercera deberían haberse pronunciado en tal caso sobre dichos extremos. En primer lugar ¿precintar las instalaciones del vídeo supone secuestro de una grabación, publicación o medio de información en el sentido del artículo 20.5 CE (recordemos que así lo declaró la Audiencia de Sevilla como motivo básico de la nulidad del acto recurrido)? En segundo lugar, ¿la actividad de vídeo comunitario supone ejercer la libertad de expresión del artículo 20 CE, tal como declara la Audiencia y ratifica el Supremo? En tercer lugar, esta actividad de emisión de vídeos comunitarios ¿supone televisión según el derecho positivo español? En cuarto lugar, ¿está dirigido dicho vídeo comunitario al público o a un sector del mismo?

En quinto lugar, sea o no televisión, ¿cabría intervención administrativa en los locales de vídeo comunitario por otras razones distintas de defender el monopolio de explotación establecido en el estatuto de RTVE, razones legales bastantes para suspender sus actividades?

Dichas cuestiones (a las que podría unirse, teniendo en cuenta la decisión del Supremo, cuál sería la responsabilidad exigible a la Administración por la nulidad de dichos actos contrarios a Derecho según el Tribunal) vertebran tanto los motivos básicos del recurso de apelación (vid. supra 1.º-3.º) como las líneas argumentales que fundamentan el fallo.

Respecto a la relación del vídeo comunitario y la Constitución, recordemos que el Letrado del Estado alegaba que ese era un tema propio de legalidad ordinaria, por lo que solicitaba inadecuación del procedimiento elegido. El Supremo se pronuncia en un doble sentido: ratifica implícitamente el pronunciamiento de la Audiencia que califica de secuestro contrario al 20.5 de la CE las decisiones del Gobernador civil y declara expresamente que dicha actividad supone ejercer el derecho a la libertad de expresión, creación e información —desde el punto de vista de sus usuarios— y estos derechos unidos al de libertad de empresa por parte de aquellos que explotaban las instalaciones y «mandaban» la señal audiovisual a los inmuebles concertados.

1. Desde nuestro punto de vista, el precintado de las instalaciones no encajaría en el supuesto contemplado en el artículo 20.5 de la CE de 1978. No han sido precintadas ni secuestradas las grabaciones ni publicaciones, porque la acción administrativa no impide la difusión de las películas que pudiera tener alquiladas o compradas para su distribución comunitaria el titular del local precintado. La interrupción comunitaria no impide la exhibición, compra o alquiler de los videogramas ni de las películas cinematográficas. La decisión de la Audiencia de considerar la acción administrativa contraria al artículo 20.5 podría basarse en considerar medio de información dichos locales de distribución de vídeo comunitario. Si esto es así, no podemos expresar nuestra conformidad, tanto por el sentido que la libertad de información y el medio de información tienen en la Constitución de 1978 y el que se desprende de la jurisprudencia del Supremo y del Tribunal Constitucional como porque

haberlo considerado medio de información habría variado las consecuencias del fundamento del fallo —no podría afirmarse en dicho caso que su actividad no está dirigida ni al público ni a un sector del mismo ni podría obviarse que se sometiera a las mismas licencias o autorizaciones administrativas que los demás medios de información.

El carácter informativo que puedan tener el contenido de los vídeos comunitarios distribuidos a los inmuebles no convierte a éste en un medio de información. Aparte de lo relativo del sentido de la palabra informativo, es aceptado que, a pesar del contenido informativo que toda película cinematográfica pueda contener, ni a las productoras cinematográficas ni a las empresas distribuidoras y exhibidoras de cine se las califica, ni en el derecho comparado ni en la jurisprudencia, de medios de información. Con mucha menos razón, en nuestra opinión, a un local o a la actividad de distribución por cable de películas de cine a unos inmuebles.

Si lo que ha afirmado implícitamente la Audiencia, al estimar vulnerado el artículo 20.5 CE, es que se han secuestrado publicaciones o grabaciones sin mandato judicial, se está incurriendo, en mi opinión, en la equivocación de confundir publicación con ejemplar y secuestro de aparato transmisor de señal audiovisual con secuestro del objeto de la transmisión.

Como ya se ha dicho antes, con la interrupción de ciertas actividades (1), no se está impidiendo la difusión de los materiales audiovisuales por otros medios conforme a derecho, tanto por lo que respecta a las personas —que sean los autorizados por sus autores y productores para su explotación y distribución— como a los locales desde los que son distribuidos al público, a un sector del mismo o a personas individuales. Recordemos que todo comercio de libros, salas de exposición, local de exhibición cinematográfica o de espectáculos cumplen una serie de formalidades no sólo en cuanto a la seguridad del público que puedan acoger —lo que no sería predicable del caso del vídeo comunitario—, sino también respecto a las operaciones jurídicas y comerciales que en ellos se llevan a cabo. La exigencia de tales requisitos y la sanción por incumplimiento de la misma no ha sido calificada, no debe serlo, en nuestra opinión, de vulneración del artículo 20.5 CE.

La confusión entre publicación o grabación y ejemplar de una publicación hace variar el contenido del artículo 20.5 CE, de manera que todo decomiso policial de ejemplares fraudulentos de una publicación sería inconstitucional. Las legislaciones de propiedad intelectual prevén precisamente el secuestro de los ejemplares de que dispongan los infractores del derecho de autor, tanto si han sido fabricados ilegalmente como si, de fabricación legal, están siendo explotados o distribuidos sin auto-

(1) Actuación administrativa que puede ser impugnada antes por razones formales —falta de audiencia del interesado, de motivación del acto— y que hubiera sido recurrible igualmente por el proceso de la Ley 62/78 si hubiera supuesto indefensión, pero de los que el Supremo no estima necesario ocuparse (No cabe entrar a examinar los supuestos vicios formales del acto administrativo desde el momento en que se han ejuiciado sus aspectos sustantivos) (FJ 4.º, in fine, STS 11-12-86).

rización, ilegalmente. Lo que prohíbe el artículo 20.5 CE es que sin previa decisión judicial pueda sustraerse de la circulación y del conocimiento del público una grabación o publicación por una decisión administrativa contra la voluntad del autor, pero no que sea imposible decomisar los ejemplares distribuidos sin su autorización. El secuestro de la obra prohibido por el artículo 20.5 vulnera la libertad de expresión del autor o responsable de la obra —publicación o grabación—; el secuestro de ejemplares fraudulentos no hace sino proteger las decisiones de autorizar o no que tome cada autor o responsable respecto de su publicación. Recordemos que los artículos 49 LPI y 63 y 104 RLPI otorgan potestad a la Administración, incluso sin instancia del interesado, para perseguir las infracciones de la propiedad intelectual. Pero esto no supone una vulneración del artículo 20.5 CE ni quita para que posteriormente se ventile la responsabilidad civil o penal ante los tribunales y que la garantía pretendida por la CE quede también en estos casos salvaguardada.

2. Porque ¿supone libertad de expresión la mera reproducción y distribución de material audiovisual ajeno mediante cable a unos inmuebles en una zona más o menos acotada?

Cabría afirmar, como parece desprenderse de las sentencias comentadas, que expresión es todo lanzamiento al exterior —desde una persona física o jurídica— de todo tipo de ideas, pensamientos, opiniones y obras, ya propias como ajenas. Parece claro que amparándome en mi libertad de expresión yo puedo utilizar ideas ajenas y transmitir las a un receptor, individual o colectivo —¿qué ideas no son ajenas?—. Pero no es lo mismo contarle una película o una novela a mi vecino que proyectarla o venderle el libro. Con sólo leer el artículo 20.1, a) CE, vemos que el objeto de la libre expresión son las ideas, los pensamientos y opiniones.

Cuando lo que se transmite y difunde son las obras —materialización de ninguna o muchas ideas ordenadas y dispuestas en cierta forma—, salvo los casos en que el emisor o transmisor sea el propio autor de la obra, la mera transmisión, reproducción, la difusión de dicha obra no supone ni libre expresión, ni expresión, porque el que se expresa es el que ha realizado la obra, pero nunca el que la vende, expone, alquila, distribuye o proyecta, por mucho que en algunos casos el exhibidor, vendedor o expositor difunda estas obras ajenas conforme a un plan o programación cultural o comercial preconcebidos. Pocas personas dudan que un exhibidor cinematográfico no se expresa cada vez que proyecta una película. No encuentro razones para variar la opinión en caso del vídeo comunitario: el que distribuye las películas no se expresa a menos que sean suyas.

Se argumenta por el Supremo que el artículo 20 CE comprende la libertad del emisor y del receptor de la comunicación, porque ésta es imposible sin ambos elementos. Los receptores de los vídeos distribuidos a

los inmuebles parece igualmente que no ejercen su derecho a la libre expresión (el art. 20.1 a), a expresar y difundir...) ni su derecho a recibir información veraz (art. 20.1 d)). Lo que hacen los usuarios del vídeo, entendiendo por tales los receptores de la emisión, viendo las películas que le son distribuidas, es ejercer su libertad, sin más. Esto entra dentro no tanto de una cláusula general de permisividad de lo no prohibido como de un hecho extrajurídico de libre autodeterminación de la propia vida. Sin embargo, dicha libertad no ha sido vulnerada por impedir que determinada instalación de vídeos comunitarios distribuya a uno o más inmuebles una serie de películas cinematográficas. O, mejor dicho, dicha libertad ha sido delimitada en la misma medida que supone límite imponer una serie de normas acerca del comercio y distribución de bienes intra comercio, de las obras intelectuales (artísticas, literarias o científicas) o, en particular, de las obras audiovisuales.

Por ello, la acción administrativa impugnada no impide a los particulares que accedan al distribuidor autorizado por la productora cinematográfica y disfruten de la obra deseada ni mucho menos ha inferido merma física a las instalaciones privadas de vídeo de cada particular, al margen de toda actuación administrativa y judicial.

Por ello, la libertad de expresión se vería recortada si el Gobernador civil hubiera prohibido la distribución, difusión y exhibición de una película o películas cinematográficas, sin mandato judicial (o si lo hubiera, el Juez), pero no en el caso de autos, en que suspende la distribución por determinados procedimientos y canales que para nada suponen una privación de acceso al público de las películas distribuidas.

El Supremo se acoge a la Jurisprudencia constitucional para sostener como aplicable al caso que la libertad de expresión comprende el de difundir..., así como el de crear medios para hacer efectiva la difusión. Esta idea se conecta con la idoneidad del vídeo como soporte neutro instrumental, vehículo idóneo para transmitir ideas y se arma uno de los ejes de la fundamentación del fallo: el intermediario entre el que hizo o produjo la obra cinematográfica y el espectador que la ve en su domicilio, se expresa por un medio idóneo como es el vídeo. Dado que la libertad de expresión se ejerce por cualquier medio de reproducción (art. 20.1 a) CE estamos, en opinión de la Sala, ante un ejercicio de libre expresión. Con independencia de que el medio de expresión es el videograma que no la instalación de cable coaxial, falla, en mi opinión, la argumentación por la base: que el que se expresa es el autor de la película, no el distribuidor o exhibidor de la misma. Uno es muy libre de ordenar sus ideas y darle forma de conferencia, arenga, libro, pintura, escultura, fotografía o videograma y luego de darle difusión por medio de la televisión, el cine, la imprenta, la radio, etc., pero esta utilización del soporte de fijación material de la idea y del instrumento de difusión del soporte no convierte al fabricante o dueño del soporte o de la instalación distribuidora-difusora en sujetos activos de la libre expresión, sino en meros intermediarios instrumentales.

3. Existe, pues, la necesidad de determinar si este intermediario, el

particular o la entidad que distribuye las películas a los inmuebles por cable coaxial está realizando una actividad de televisión o no. La respuesta afirmativa era la que sostenía la Administración, la intervención gubernativa de los locales y el motivo principal del recurso del Letrado del Estado.

Habría que diferenciar dos planos como de forma sistemática parece que se ha hecho en el recurso: la actividad en sí misma considerada, la *emisión* de las películas a los inmuebles, si constituye televisión a la luz de la legislación española; y el *destinatario* de la misma, si los vecinos usuarios del vídeo tienen la consideración de «sector del público».

Realmente, la respuesta para calificar de televisión la actividad suspendida por el Gobierno civil de Sevilla necesita la afirmativa, tanto a la primera cuestión como a la segunda. Esto es, el monopolio estatal sobre las actividades de televisión existe, a la luz de la Ley 4/80 exclusivamente sobre la producción y emisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o *mediante cables* destinados mediatamente o inmediatamente al público en general o a un sector del mismo... (art. 1.º).

No comprende, por tanto, aquellas difusiones por cable o aéreas que no estén dirigidas a un sector del público o al público en general. Esta idea es la fundamental en el fallo de la Audiencia y del Supremo; por ello, correcta, pero la manera de aplicarla al caso merece un comentario que en el primer caso provoca extrañeza y, en el segundo, simplemente una discrepancia con el criterio interpretador aplicado.

Extrañeza suscita, en mi opinión, la disección que se realiza del hecho analizado (la Sala actúa como segunda instancia, no estamos ante una casación) al subsumirlo en el supuesto de hecho de la norma considerada aplicable por el recurso e inaplicable por el Tribunal. En efecto, tanto en el fundamento 3.º de la sentencia de 17 de noviembre como en el tercer fundamento jurídico de la sentencia de 11 de diciembre se descarta que la actividad del vídeo comunitario sea enmarcable en el artículo 1.º del Estatuto de RTVE, porque las emisiones llegan por cable a sujetos individuales, porque no lanza ondas radioeléctricas al espacio, porque los receptores están en locales privados. Es difícil de comprender el razonamiento expuesto en ambas ocasiones por el Tribunal. Precisamente el Estatuto de RTVE habla de emisiones por cable y lo sitúa como alternativa a la emisión aérea de ondas. Nadie ignora la proliferación de emisoras en Europa y en todo el mundo de televisión por cable. No descalifica ni conceptualmente ni considerando el artículo 1.º de la Ley 4/80 que la distribución de la señal audiovisual sea por cable coaxial. La única razón para descalificar el vídeo comunitario como televisión, sólo por el medio de transmisión de imagen y sonido, sería una interpretación forzada del artículo 1.º de la Ley 4/80, que exigiera tanto la transmisión aérea como por cable, lo que no se da en el vídeo comunitario, pero tampoco se da en la emisora estatal de TV, llegando a un absurdo contra la práctica y contra la letra de la ley (que ofrece la disyuntiva alternativa: o por aire o por cable).

Nadie duda que existen muchos fenómenos de televisión —instrumentalmente considerada— que quedan al margen del monopolio del Estado establecido por el Estatuto de RTVE y que no necesitan ninguna

ley sobre la televisión privada para su puesta en práctica. Es el caso de los circuitos cerrados de televisión y de la instalación en inmuebles de distribución por cable (Ordenes de 13 de marzo de 1970 y 28 de julio de 1977), de la instalación de distribución por cable (D. de 2 de mayo de 1974) y de enseñanza a distancia [R.D. 7 de noviembre de 1980 (R. 2.725) desarrollado por O. 29 de junio de 1981 (R. 1.624)], que demuestra que tanto en la práctica como, de forma parcial, en la legislación española se regulan emisiones de televisión que no entran en el Estatuto de RTVE porque tienen un ámbito reservado de distribución. La STS de 17 de noviembre de 1986, que ahora comentamos, descalifica la preconstitucional Orden de 1970 como hábil para regular dichas cuestiones. Parece que sólo en lo que suponga censura o contrarie la CE, la solicitud del permiso para la instalación del circuito cerrado de televisión no entra dentro del margen del legislador para ordenar la convivencia y, en este caso, las relaciones de vecindad: el control o supervisión administrativa del circuito cerrado no supone necesariamente censura de los contenidos que dentro de lo privado no pueden ser objeto de calificación, pero sí suponen un control de los *procedimientos* empleados por el particular para su circuito cerrado en tanto pueda afectar por sonido o por interferencia a los locales vecinos, como por razones de orden público o seguridad. La regulación postconstitucional de la enseñanza privada a distancia, que comprende, entre otros medios, la televisión (art. 1.º de R.D. de 1980 y art. 2.º de la O. de 1981) regula igualmente la autorización previa para la apertura y funcionamiento de los centros no debe ser tachada de inconstitucional, pero, por otra parte, pone de relieve un reconocimiento de un hecho, inevitable y útil, el empleo de medios de televisión y de emisiones de televisión por particulares.

4. Por ello, queda claro que la clave de la cuestión en el litigio planteado está en considerar que los usuarios del vídeo comunitario son un sector del público o que no lo son. Si lo son, la actividad del vídeo comunitario debe entrar en el artículo 1.º del Estatuto de RTVE, en tanto no exista una regulación específica. Esto implica legitimar la validez de la intervención administrativa que defendía el monopolio del Estado. Las consecuencias de tal calificación han sido, en mi opinión, las que han primado para el fallo: esto es, como existe la intuición de que el vídeo comunitario se desenvuelve dentro de un ámbito privado, parece que la suspensión de las actividades por el Gobierno civil ha traspasado dicha frontera y si bien el juzgador no ha entrado a dilucidar lo que tal vez hubiera justificado, en mi opinión, la protección urgente y especial de la Ley 62/78, esto es, que no se ha dado audiencia al interesado o se haya prescindido del procedimiento, se ha decantado por defender a los particulares construyendo una argumentación a partir del artículo 20 de la CE y del artículo 1.º del Estatuto de RTVE difícil de encajar con la jurisprudencia constitucional o los cánones hermenéuticos del Código civil. No obstante, en esta última y decisiva cuestión, discrepo de la interpretación del tribunal, pero me parece defendible su conclusión: el usuario del vídeo comunitario no es público ni un sector del mismo, en el sentido que el Estatuto de RTVE establece.

¿A quién se dirige la emisión del vídeo comunitario? ¿En qué se dife-

rencia una emisora de televisión por cable de una instalación distribuidora de vídeo comunitario?

Como he dicho, la conclusión del alto Tribunal es defendible, pero no parece que el razonamiento expuesto en los fundamentos del fallo sea el más idóneo para abonar su tesis. Cuando argumenta que se refiere a personas predeterminadas, concretas, la Sala deja sin respuesta que las emisoras de televisión por cable dirigen sus emisiones a personas *determinadas*, que son las que han contratado sus servicios de teledistribución por cable, de la misma manera que la compañía telefónica, eléctrica, de gas, suministran sus servicios, energía o combustible a aquellos que han contratado previamente, y nadie duda que sus emisiones o servicios están abiertos al público. Cuando se argumenta que las emisiones van dirigidas a los habitantes de un inmueble y a los moradores o transeúntes incidentales de los domicilios o locales privados, la Sala sentenciadora está describiendo al público de una emisora de radio o televisión. La privacidad del local donde se recibe la emisión de vídeo comunitario no define ni desvirtúa como pública o privada dicha actividad. Sería más adecuado acudir a otros criterios que nos diferencien la emisora de televisión del vídeo comunitario y que acerquen éste al circuito cerrado de televisión si se pretende sostener su carácter privado. Los criterios que el Supremo toma del Dictamen de 1984 de la Dirección general de lo contencioso, en mi opinión, no son satisfactorios.

Como ya se ha apuntado antes, el suministro colectivo, pero individualizado, de imágenes y sonidos simultáneamente no explica otra cosa que la manera de distribuirse por cable la televisión sin restarle su carácter público. ¿Cuál sería la diferencia entre el vídeo privado comunitario y la emisión de televisión abierta al público? Una primera respuesta parece que subyace en las sentencias y en los argumentos esgrimidos en la prensa por algún sector: es cuestión de número. Cuando los receptores son los vecinos de un inmueble no puede decirse que los vídeos transmitidos lo sean al público; si son dos bloques de viviendas tampoco debe considerarse emisión pública; si es una barriada completa... Lógicamente llegaríamos a un problema de frontera numérica o cuantitativa entre el vídeo privado y la emisora dirigida al público. Dicha frontera no existe en la legislación española y, sin embargo, el artículo 1.º del Estatuto de RTVE habla de emisión audiovisual dirigida a un sector del público. Aunque la palabra sector sea indeterminada, en el caso de duda parece que conforme al derecho positivo español, distribuir la señal audiovisual por cable a un inmueble es más emisión a un sector del público que distribución privada del material audiovisual.

Porque ¿cuál es el concepto de privado que debemos utilizar? Admitimos que todo lo que transcurre en un inmueble, normalmente de numerosos vecinos, está sustraído al público, de manera que nadie puede penetrar sino con la voluntad de cualquiera de los condueños o con un mandato judicial. No obstante, la televisión difundida por onda radioeléctrica penetra en los locales, a éstos no les resta carácter privado ni a las emisoras carácter público: las capta aquél que conecte con la emisora. En el caso de la televisión por cable se requiere un acuerdo previo entre emisora y receptor para la instalación de los enlaces de la cabledis-

tribución, como ocurre con el hilo musical o con la compañía telefónica. Por tanto, el carácter no público de la emisión —que ésta no esté dirigida al público o a un sector del mismo— depende de la emisora y de su capacidad de oferta de emisión antes que de los destinatarios. Si el origen de la emisión audiovisual está en condiciones de llegar a un sector del público con independencia de que luego contraten más o menos personas que las que viven en un inmueble. Pero no basta dicha condición, porque habrá que definir «sector» de público.

Lo que parece defendible es que no tengan una regulación similar a aquellas actividades que proceden de una iniciativa interna a un inmueble que las que tienen origen en una iniciativa externa al mismo. Interna en el doble sentido: tanto que las emisiones se produzcan desde el mismo inmueble como que la iniciativa haya procedido de los vecinos. Si la iniciativa o la ejecución procede no sólo de un local, sino de una persona o entidad extraña al receptor de la emisión, es sólo cuestión de adjetivar la emisora como comarcal, local, de barriada, urbanización o vecinal, pero estaremos ante emisoras porque trascienden lo privado y se dirigen a un sector del público. Cuando el emisor y el receptor coinciden estamos ante un circuito cerrado de TV; cuando una comunidad de vecinos se transmite a sí misma y nadie fuera de la finca puede captar la señal audiovisual estaremos —eso parece— más cerca de una actividad privada que de una emisión abierta a un sector del público. Sin embargo, cuando una persona o una entidad está sirviendo la señal a un inmueble, o tal vez a dos, dicha emisión está dirigida a un sector (acotado) del público, pero está dirigido a personas distintas del emisor: A falta de regulación específica que determine una frontera en el número o condición de los receptores, estamos ante uno de los supuestos de televisión que contempla la Ley 4/80, reguladora del Estatuto de RTVE.

Criterios como la frecuencia de programación, la inexistencia de servicios informativos, aparte del número de receptores, serían claves engañosas que ayudarían a intuir, pero no a definir, si estamos ante una emisión dirigida al público, a un sector del mismo, o ante una emisión «privada».

5. Sea o no televisión la actitud desarrollada por el vídeo comunitario, lo que sí es cierto es que la Administración podría haber alegado, como demandada, preceptos no constitucionales que justificaran su intervención y enervaran la pretensión del demandante (la lesión del derecho a la libre expresión). El Estado sólo alegó que los vídeos comunitarios suponían infracción del monopolio estatal de televisión, pero ante la previsible posibilidad de que así no lo estimaran, los tribunales, pues, como se desprende de lo dicho hasta ahora, con la ley en la mano, es televisión, pero ni el Juez ni la conciencia social sobre el fenómeno lo equiparan siempre, había argumentos en la legislación ordinaria para intervenir los locales si bien siguiendo los procedimientos administrativos establecidos en cada caso.

El tema no fue discutido en el proceso por ser éste especial y las alegaciones circunscritas a la violación del artículo 20 y las excepciones a la subsunción de los hechos en el monopolio estatal de televisión, pero en la legislación sobre materiales audiovisuales, sobre espectáculos y sobre

propiedad intelectual, existen preceptos suficientes para legitimar la intervención gubernativa de los locales que una sociedad anónima y unos particulares utilizan para distribuir la señal audiovisual a diversos inmuebles, al efecto de comprobar la autorización administrativa en lo que se refiere a los locales y la autorización de los titulares de derechos económicos y morales de autor, por lo que a los vídeos distribuidos concierne. Ninguna de dichas actuaciones administrativas podrían ser calificadas de inconstitucionales, no vulnerarían derecho fundamental alguno a menos que se hicieran absteniendo de seguir el procedimiento establecido.

5.1. (Distribución de material audiovisual) El Real Decreto 2.332/83, de 1 de septiembre, sobre venta, distribución y exhibición pública de material audiovisual, que es mencionado por la STS de 11 de diciembre de 1986 para destacar la independencia tecnológica de los vídeos respecto de las actividades de televisión establece, en su artículo 2.º, que los locales en los que pretenda exhibirse material audiovisual deberán someterse al artículo 42.3 del Reglamento de Policía sobre espectáculos, y si fueran mera reproducción de obras cinematográficas deberán regirse por la regulación de las salas de exhibición cinematográficas.

Dicha norma, que sucede a las viejas Ordenes de 27 de febrero de 1973 y Decreto de 21 de enero de 1971 (que establecían una supervisión de censura del material audiovisual), sólo establece una calificación por edades, pero exige a los locales donde se exhibe o distribuye material audiovisual el cumplimiento de la reglamentación sobre espectáculos y salas cinematográficas. La clave para considerar aplicable al caso de autor dicha reglamentación y dar, por tanto, cauce a la actuación inspectora y sancionadora de la administración será decidir si lo que hace una instalación es exhibir o distribuir material audiovisual al público. Nuevamente nos encontramos con el obstáculo del concepto de público. Pensemos por un momento en la actividad desarrollada desde el punto de vista empresarial y desde el punto de vista del usuario: por el vídeo comunitario varias personas ven simultáneamente una película cinematográfica —es el objeto habitual de emisión—, pero, como dicen algunos reclamos publicitarios (el cine en casa), cada uno en su domicilio. Cada persona que disfruta de la película persigue la finalidad parecida —aunque más cómoda— que la perseguida en una sala de exhibición cinematográfica. La semejanza entre un cine pequeño y un inmueble conectado a un vídeo comunitario está en el disfrute simultáneo de una misma película, la que se proyecta o emite a partir de las latas o de los videogramas alquilados por el exhibidor cinematográfico o por el distribuidor del vídeo comunitario. La diferencia entre la sala cinematográfica y el vídeo comunitario es que los locales de este último no tiene por qué acoger al público, sector del mismo o sujetos que ven la emisión. Si a ello unimos que la norma contenida en el R.D. 2.332/83 se refiere a los locales en los que se reprodujera material audiovisual, el concepto legal de exhibidor o distribuidor no es obstáculo para la aplicación analógica legalmente establecida de las reglas sobre locales cinematográficos a aquellos locales que distribuyen o exhiban o exploten material audiovi-

sual, como actividad principal o accesoria (bares, cafeterías, pubs, discotecas, salas de fiesta, etc.), todos ellos sometidos a previa autorización como establece el artículo 42 del Real Decreto de 27 de agosto de 1982, Reglamento de Policía de espectáculos y actividades recreativas.

6. (El vídeo comunitario como actividad recreativa) La analogía no es forzada si tenemos en cuenta que el mencionado Reglamento de Policía de espectáculos y actividades recreativas establece en su artículo 1.º la aplicación del mismo a los «espectáculos, deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público, enumerados en el anexo y a las demás actividades de *análogas* características, con independencia de que sean de titularidad pública o privada y de que se propongan o no finalidades lucrativas». Curiosamente, entre las actividades enumeradas en el anexo se incluyen expresamente los teleclubes, medio por el cual —todos lo sabemos— grupos de personas de la España rural, fundamentalmente, veían *simultáneamente* televisión, cierto antecedente pretecnológico de la comunión por vídeo de todos los vecinos de un inmueble.

Cierto es que la finalidad básica del Reglamento de Policía de espectáculos y actividades recreativas es proteger al público o a las personas que se acumulan en un local o locales al calor de una convocatoria cultural o recreativa, convocatoria de masas, fundamentalmente. Dicha concurrencia de público o de personas no se da en los locales de vídeo comunitario —cada usuario permanece en su domicilio—, pero, dentro de lo que es análogo, cabrá resaltar la existencia de dos normas dentro del citado Reglamento que autorizan a la Administración para suspender o prohibir determinados espectáculos o actividades básicamente el artículo 71.1 (sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales, podrán ser prohibidos los espectáculos o diversiones públicas que sean inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia, que *puedan ser* constitutivos de delito o que atenten gravemente contra el orden público o las buenas costumbres), y el artículo 73 d) (Los espectáculos o recreos públicos que ya se estén desarrollando podrán ser suspendidos por el Gobernador civil... cuando en los casos en que proceda, con arreglo a la legislación de la propiedad intelectual, con la finalidad y los efectos prevenidos en la misma). Estas dos normas, si las analizamos detenidamente, están protegiendo intereses que trascienden de la mera seguridad física de los locales y las personas (el público) y que se refieren a hechos susceptibles de prohibición, tanto si se desarrollan en locales privados como públicos. Esto es, aunque pueda negarse que sea procedente aplicar el Reglamento de Policía de espectáculos al vídeo comunitario, porque no está destinado al público, porque no es actividad pública, sino privada, dentro de cuyo ámbito es inadmisibles la función de policía estatal, lo que parece claro es que el orden público, la infancia, la juventud, las buenas costumbres (recuérdese la Ley de Propiedad Horizontal o la Ley de Arrendamientos Urbanos) o la comisión de delitos o de infracciones a la propiedad intelectual son de incumbencia del Estado, tanto dentro como fuera de lo privado. Por ello, no cabe siquiera alegar la disimilitud entre actividad recreativa y vídeo comunitario ni tampoco que este último supone ejercicio del derecho a la libertad de expresión (como

han resuelto las sentencias que comentamos) para eximir a quien lleva a cabo dicha actividad del cumplimiento de la normativa sobre locales, instalaciones de televisión por cable, normas protectoras de la infancia, Código penal o legislación sobre propiedad intelectual, entre otras leyes que vinculan a todos los ciudadanos, titulares todos asimismo de la libertad de expresión (A pesar de la jurisprudencia que puedan haber sentado las sentencias comentadas, no toda pretensión similar a la de los actores es aceptada por los jueces, como es lógico: en una reciente sentencia de 5 de marzo de 1987, la Audiencia de Sevilla ha desestimado la pretensión de un instalador de vídeo comunitario que consideraba vulnerados los artículos 20.1 a), b) y d), 20.5 y 24 de la CE, porque el Ayuntamiento le había paralizado sus actividades debido a que, entre otras razones, no había solicitado licencia para tender cables que vuelan sobre la vía pública...). Como se menciona en este caso posterior, el hipotético derecho de libertad de expresión que se pueda estar ejerciendo con el vídeo comunitario no enerva las exigencias que establezca la legislación, de cara a proteger derechos de otros particulares o intereses públicos. No hay otra razón que establecer y admitir que el derecho de libre expresión, como todos los derechos, incluso los fundamentales, tienen límites en su ejercicio, regulado por la Ley, establecidos por la Constitución (art. 20.4) y necesarios por la colisión con otros derechos (de expresión de otros o de creación y producción literaria, artística, científica o técnica, igualmente reconocido por el art. 20 CE).

7. (Vídeo comunitario y derecho de autor) (2) Por tanto, hemos visto que uno de los problemas está en enjuiciar si es una actividad dirigida a un sector del público (para aplicar el Estatuto de RTVE y calificarlo de televisión), si es una exhibición o distribución pública de material audiovisual o una actividad análoga a los espectáculos o recreos públicos (para aplicar la Reglamentación de Policía de éstos). Pero de lo que no cabe duda es que cuando se distribuye una obra audiovisual a todo un inmueble es que se está utilizando una obra intelectual ajena (en la mayoría de los casos).

Ya hemos visto que la Reglamentación sobre espectáculos permitía suspender o prohibir actividades constitutivas de delito o cuando lo establezca la legislación de propiedad intelectual. Aunque no fuera aplicable la reglamentación de espectáculos, por estimarlo fenómeno no análogo, debemos aplicar la legislación de propiedad intelectual en todo caso para dilucidar el conflicto de intereses entre los que ostentan derechos de explotación sobre las películas cinematográficas y los que de hecho las explotan: el vídeo comunitario, sea o no libertad de expresión, responde a una iniciativa empresarial, digna de tutela, como subraya el Supremo a la luz del artículo 38 CE, pero no en menoscabo de la propiedad intelectual del objeto de su explotación: las películas de cine.

Como ya se ha puesto de relieve, la mentalidad social y la publicidad

(2) Vid. DELGADO PORRAS: *La p. intelectual y la explotación videográfica de las obras del ingenio*. «RDP», 1983, pp. 1117 y ss. O'CALLAGHAN MUÑOZ: *El vídeo como objeto de p. intelectual*. «RDP», 1982, pp. 1011 y ss. ROGEL: *El vídeo y la p. intelectual*, «La Ley», 1983-1, pp. 1104 y ss.

de alguno de los empresarios de vídeo comunitario es la de llevar «el cine a casa». Quiere decir que de cara a la propiedad intelectual caben pocas diferencias entre el exhibidor cinematográfico y el que proporciona por vídeo una película simultáneamente a varios domicilios. Ambos explotan la obra cobrando al usuario que asiste a la proyección o que conecta su televisor particular. La explotación —el rendimiento— debe su razón de ser al acto de comunicación pública de la obra, que requiere, como todos sabemos, autorización del titular de la propiedad intelectual. En el caso de las obras cinematográficas, la Ley del Cine de 31 de mayo de 1966 atribuye al productor cinematográfico la explotación exclusiva de la película (art. 1.º), por lo que será éste el que puede y sólo él —ni siquiera los coautores del film que conservan su derecho moral sobre la misma— quien puede firmar los contratos de distribución y exhibición o autorizar verbal y tácitamente otros actos de comunicación pública de la película de que sea titular.

Por ello, la intervención administrativa, al margen de la calificación del vídeo comunitario como televisión o como actividad recreativa, habría quedado legitimada conforme a la legislación de propiedad intelectual, en tanto no se haya solicitado autorización para su comunicación pública y su explotación del titular de la propiedad intelectual y que éste recabe la intervención administrativa (art. 49 LPI) o incluso sin que la recabe, cuando conste la inexistencia de permiso (art. 63 LPI). Esto es razonable en tanto sigan subsistentes las normas sobre propiedad intelectual, pero bien podría acudir a normas o principios protectores de la competencia para establecer una equiparación entre el exhibidor cinematográfico y el que explota, se lucra de la difusión de la obra por medio del vídeo a un inmueble. Afirmar que éstos —los empresarios de vídeo comunitario— no deben solicitar permiso a los titulares de la propiedad intelectual, además de perjudicar a éstos, significaría admitir un supuesto de competencia no muy leal a los propietarios de las salas de cine, a quienes sí se les exige dicho permiso, el control de taquilla, la rendición de cuentas al titular, amén del cumplimiento de las normas administrativas.

Por tanto si una persona explota una obra ajena no cabe duda que si no está en el dominio público deberá solicitar permiso al titular de los derechos de explotación de la misma. Ahora bien —una vez más— ¿supone acto de comunicación pública la distribución por vídeo comunitario o es más bien una utilización de la obra en el ámbito privado, sustraído al permiso obligatorio del autor o propietario de la obra? Una vez más se nos plantea la dicotomía público-privado, pero ahora, en materia de propiedad intelectual, la construcción jurisprudencial, el derecho comparado y de forma significativa, el Proyecto de Ley español de propiedad intelectual de 24 de noviembre de 1986 establecen que ha de entenderse por comunicación pública de una obra: todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a una obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, salvo que se celebre dentro de un ámbito estrictamente familiar (art. 20 del Proyecto de LPI de 24-11-86).

Por tanto, la frontera entre lo público y lo privado la sitúa el Derecho de autor en los límites de la familia globalmente considerada. Toda representación escénica, proyección o exhibición, radiodifusión, transmisión por hilo, cable, fibra óptica o análogo, retransmisión, exposición, acceso a bases de datos cuyos usuarios formen un grupo cuyo nexo de unión no sean los lazos familiares entran dentro de lo que se entiende comunicación pública de una obra, sobre la cual tiene derecho exclusivo el autor o aquél a quien se lo haya cedido expresamente y sobre la cual tienen derechos no exclusivos aquellos a quienes se los haya transmitido el autor, el cesionario exclusivo o a quien incidentalmente autorice el titular del derecho de comunicación pública de la obra (arts. 17, 20, 22, 43, 48, 49 y 50 Proyecto LPI).

Tanto del hecho de que la obra se está explotando por el empresario de vídeo comunitario como del hecho que se está realizando una comunicación pública (forma de explotación, según el Proyecto español de LPI) se desprende la necesidad de *solicitar* el permiso al titular de la propiedad intelectual de cada película y de *remunerar* al mismo según los términos del contrato (de exhibición o distribución por cable), la licencia o la incidental cesión de derechos. Si no se ha solicitado permiso, o si solicitando el permiso no se remunera según lo convenido o las tarifas legales, o si se remunera sin haber solicitado autorización, se está cometiendo una infracción del derecho de autor. El artículo 428 del Código civil atribuye al autor el derecho de explotar y disponer de la obra a su voluntad. La ley vigente de Propiedad Intelectual exige el permiso previo del autor para reproducir, publicar y representar ni hacer, vender o alquilar copia de las obras dramáticas (arts. 7, 8, 19 y 21). La Ley sobre la Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 31 de mayo de 1966 atribuye, como ya se ha dicho, al titular productor o a sus cesionarios o causahabientes la titularidad exclusiva de los derechos de explotación económica de la película, y el párrafo 2.º del propio artículo 2.º enumera alguna de las facultades que detenta el titular de los derechos de explotación, pero no agota las facultades del mismo en reproducir la película en las copias convenientes y proyectar públicamente dichas copias sin restricción ni limitación alguna. Estas son algunas de las facultades incluidas en los derechos de explotación.

Es el Proyecto de Ley, siguiendo alguna de las líneas marcadas por la jurisprudencia y derecho comparado, el que ha desmenuzado dicha explotación en cualquier forma y en especial (no *numerus clausus*) mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17). No obstante, con el derecho vigente en el momento de los hechos antecedentes de las dos sentencias comentadas, los actos de explotación de una obra cinematográfica ajena deben ser autorizados por el titular de la propiedad intelectual, ya a título original (productores, art. 1.º Ley 1966), ya a título derivativo, los cesionarios exclusivos del primero o primeros.

Por ello, si bien subyace en el conflicto de intereses que provoca el vídeo comunitario la necesidad de un acuerdo en la definición de público, esto es, si la actividad del vídeo comunitario discurre en el ámbito de lo privado o trasciende en menor o mayor medida a un sector del públi-

co, lo que parece cierto es que la explotación por un empresario de vídeo comunitario, de una película de cine que distribuya por el cable al inmueble, requiere cumplir con la legislación de propiedad intelectual. De no haber solicitado permiso al productor o distribuidor de las obras cinematográficas, estaremos ante una infracción del derecho de autor [ilícito civil, la LPI habla de defraudación de la propiedad intelectual o ilícito penal, el Código penal se refiere a las infracciones intencionadas del derecho de autor (art. 534)]. Entramos en el problemático terreno de la apreciación de delito contra el derecho de autor, aunque puede afirmarse a modo de principio, que la infracción del derecho de autor —infracción es más amplio que defraudación— debe ser intencionada, o lo que la jurisprudencia española sobre materia ha exigido: que sea consciente; que la persona que infringe las normas de propiedad intelectual conozca que la titularidad de la obra está en otras manos, que conozca la oposición expresa, que le haya sido denegado el permiso por el titular [Vid., entre otras, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1883, 30 de marzo de 1885, 16 de febrero de 1888, 25 de febrero de 1889 y 19 de marzo de 1964 (R. 2.723)].

Como veíamos, si la autoridad hubiera apreciado la comisión de delito, fuera o no recreativa la actividad de vídeo comunitario —por analogía—, habría cabido un ilícito civil (infracción no intencionada o simplemente incumplimiento de las normas de propiedad intelectual no constitutivas de delito), al amparo de los artículos 49 LPI y 63 RLPI, habría cabido —cabe en cada supuesto que esto ocurra— la intervención gubernativa de locales y ejemplares o copias, como expresamente prevé el artículo 1.º de la Ley de 31 de mayo de 1966.

Todo tiene un límite, y, a pesar de la protección gubernativa del derecho de autor (LPI 49, RLPI 63), lo que es cierto, por otra parte, es que ni los autores ni los productores pueden pretender una exacción de toda «operación» no prevista por sus contratos de producción y distribución de sus películas. Existirá un el elenco de supuestos en que el uso que los particulares hagan de sus películas —debidamente compradas o alquiladas a los distribuidores autorizados— no pueden estar sujetos a permiso ni devengarán royalties para aquéllos. Pensemos en una bien avenida comunidad de vecinos o en un grupo de amigos que se ponen de acuerdo para alquilar las películas entre todos ellos, viéndolas todos juntos o turnándose el disfrute de la película en su vídeo particular durante el tiempo que dura el alquiler. Parece que este «abaratamiento» del coste de la película para cada particular y el consiguiente «lucro cesante» del productor o causahabiente —que alquila la película una vez para cuatro personas y familias en vez de cuatro veces— no puede ser impugnado ni perseguido, so pena de una genérica acción de enriquecimiento o de una específica infracción del derecho de autor. Por ello, transcurra dentro de lo familiar o de lo privado —como exige la futura Ley española de Propiedad Intelectual— si los particulares coordinan sus esfuerzos para comprar libros o películas entre todos, como consumidores de la misma, *no cabe hablar de explotación* contra el monopolio impuesto por la exclusiva del productor o distribuidor. Sólo cuando un «intermediario» entre el titular de la propiedad intelectual y el consumidor de la obra,

desarrolle una actividad destinada a obtener una rentabilidad, podemos hablar de explotación de la obra intelectual, sujeta a autorización y a remuneración.

Convergiendo, pues, los criterios de difusión *pública*, emisión *pública*, exhibición *pública* y comunicación *pública* —esto es, en un ámbito *no familiar*— con los de destinatario o consumidor de la obra, si existe una persona o personas intermedias entre el titular de la propiedad intelectual que no pertenece al círculo o ámbito de los destinatarios o usuarios finales de la película, estaremos, en mi opinión, ante una actividad de explotación de una obra sujeta al derecho de autor, quizá ante una actividad análoga a las recreativas, y, si dirigida a un sector del público —que puede ser mayor o menor—, ante una emisión análoga o coincidente con el supuesto descrito en el Estatuto de RTVE. Si bien sería deseable una regulación específica de los vídeos comunitarios, a falta de regulación, y sintiendo discrepar de la doctrina del Supremo contenida en las dos sentencias que han motivado este comentario, existen unas cuantas normas que deben ser cumplidas tanto si se ejerce la libertad de empresa (los recurrentes estaban inscritos en el Registro mercantil) como si se ejerce la libertad de expresión, cosa que dudamos en este caso. Como todos sabemos, todo escritor que desarrolle su actividad literaria, entre otras razones, al amparo de su libertad de expresión, deberá cumplir, como todos sabemos, respetuosamente con la legislación sobre propiedad intelectual ¿por qué no también el instalador o usuario de vídeo?

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «Curso de Derechos reales. Tomo II. Los derechos reales limitados», Madrid, 1987, Editorial Civitas, S. A., 221 páginas.

Con este segundo tomo, el joven e ilustre Profesor de Derecho civil, nos muestra su buen hacer pedagógico y expositivo sobre las instituciones concernientes a los *derechos reales limitados*, con un manual breve y conciso, pero completo y profundo por un análisis no sólo casuístico e interpretativo, sino también científico, al analizar los fundamentos jurídicos de valores universales. Así, aparece recogida la más actual doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo en el ámbito de los derechos reales, como su «ratio dicendi».

La obra, que contiene once capítulos, comienza con el primero sobre el usufructo, su característica de deber conservar la sustancia, el análisis de las figuras típicas reguladas en el Código Civil, su duración, administración y la extinción del mismo.

El capítulo segundo aborda la servidumbre, su concepto, formación histórica del concepto, caracteres, las modalidades de constitución, el régimen legal, las servidumbres en particular (personales, de pastos y leñas, legales) para concluir en su extinción.

El capítulo tercero recoge lo que se considera más un epitafio que una regulación jurídica, como son los censos, su planteamiento y sus tres figuras fundamentales: la enfitéusis las modalidades de censos (consignativo y reservativo) y los foros.

El capítulo cuarto expone uno de los derechos reales más evolucionados, como es el derecho de superficie. Después de su planteamiento presenta el desarrollo histórico de la figura, su tratamiento en la legislación española, en la Ley del suelo y concreta el derecho de sobreedificación.

Con el capítulo quinto se trata la facultad de compra preferente como derecho real, con el análisis de los derechos reales de adquisición preferente, el origen y formación histórica de la categoría con un amplio análisis sobre la naturaleza jurídica de la opción y su régimen jurídico.

El capítulo sexto comprende el examen de las cuestiones generales sobre los derechos de garantía, comenzándose por la época de la codificación y los nuevos principios del Derecho patrimonial y siguiéndose sobre el significado de la prohibición del pacto de Ley comisorio, para concretar la definición de garantía real, la responsabilidad y los caracteres de los derechos reales de garantía.

El examen concreto de estos derechos comienza en el capítulo séptimo con el derecho real de prenda, su concepto, constitución, el estatuto del acreedor pig-

noraticio, la realización de la prenda y las especialidades de la prenda por razón del objeto.

Tres capítulos más se distribuirán para abordar la hipoteca: el octavo se inicia con el examen sobre la formación histórica del concepto de hipoteca en el Código civil, su naturaleza jurídica, el rango hipotecario y su significado, la constitución de la hipoteca, los bienes hipotecables, la extensión de la misma, las hipotecas especiales y las legales; el capítulo noveno está dedicado a la acción hipotecaria como protección del derecho de hipoteca, la realización del valor de la cosa, la acción hipotecaria y la cancelación de la hipoteca; el capítulo décimo concluye con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, al narrar su concepto e historia, la naturaleza jurídica, la constitución de la garantía, la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, el Registro de hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamientos y el procedimiento de ejecución.

Con el último, capítulo once sobre la anticresis, se concluye el tratamiento de los derechos reales limitados. Se concreta el concepto de anticresis, su historia y naturaleza jurídica, la posesión del acreedor anticrético, las clases de anticresis y el régimen general de la administración por el acreedor.

La obra viene cuidada con un aparato bibliográfico muy selecto y completo al final de cada capítulo; además, su visión crítica y jurisprudencial ponen en guardia al lector y especialista de los rasgos más característicos de las figuras tratadas.

JOSÉ BONET CORREA

ALVAREZ VIGARAY, Rafael: «El Derecho civil en las obras de Cervantes».
Preliminar de Rafael Gibert. Editorial Comares, Granada, 1987, 177 páginas.

No es la primera vez que el Catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense, profesor Alvarez Vigaray, dedica su atención, como jurista, a la Literatura: En 1976 publicó un estudio sobre **El Derecho civil en el teatro de Shakespeare** (cuyas obras, en especial, **El mercader de Venecia**, tanta atracción han ejercido sobre los juristas). El libro que ahora nos ofrece, cuando casi simultáneamente acaban de aparecer otros dos trabajos suyos sobre temas estrictamente jurídicos (**El sistema del Derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español** y **La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento**), evidencia la inquietud intelectual y la fecundidad del autor.

En una primera parte, introductoria del estudio específico de carácter jurídico que seguirá después, se destaca la utilidad de los estudios de Gramática para el Derecho y las relaciones entre la Literatura y el Derecho. Por un lado, el Derecho, en su elaboración, exposición y aplicación, no puede prescindir del lenguaje (1). El profesor Alvarez Vigaray recuerda que «cuando en la Alta Edad

(1) A la investigación de las «características del Derecho positivo, en tanto que necesitado para su existencia de lenguaje», se dedicó, hace ya casi veinte años, un estudio con ese título: CAPELLA: *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, 1968.

Media el Derecho no era una disciplina o conjunto de ellas dotada de autonomía, su estudio estaba comprendido en los de Gramática» (p. 35). El propio Cervantes, en su novela *El licenciado Vidriera*, como cita oportunamente el profesor Alvarez Vigaray, destaca su importancia, al afirmar que «no se puede pasar a otras ciencias si no es por la puerta de la Gramática» (p. 33).

Por lo que se refiere a la relación existente entre la Literatura (arte del lenguaje) y el Derecho, Alvarez Vigaray se plantea dos cuestiones: En primer lugar, si las manifestaciones jurídicas pueden ser consideradas como una parte de la Literatura, y, en segundo lugar, el valor que, para el Derecho, tienen las obras literarias. Respecto de la primera, después de exponer las opiniones enfrentadas al respecto, entiende que las leyes quedarían imperfectas, si no alcanzasen «la perfección y belleza del lenguaje» (2), lo que no significa que todas las producciones jurídicas deban encuadrarse en el campo de la literatura, como tampoco todas las manifestaciones literarias, según observa el propio Alvarez Vigaray, merecen verdaderamente este nombre. De todo modos, no pueden olvidarse sus profundas diferencias, que ya destacó Platón, al contraponer la actitud del poeta frente a la del legislador.

La segunda cuestión, relativa a la utilidad que para el Derecho ofrecen las obras literarias, es un tema pacífico. El profesor Alvarez Vigaray compendia las observaciones que, al respecto, se han formulado: Las fuentes literarias proporcionan conocimiento e información sobre instituciones de las que, a veces, se carece de fuentes jurídicas directas, o sólo se poseen fragmentariamente; permiten percibir cómo las normas jurídicas eran entendidas, aplicadas y, a veces, burladas; divulgan los problemas jurídicos, permitiendo un mayor conocimiento de los mismos e influyendo poderosamente en la corrección de sus defectos; finalmente, tienen un gran valor pedagógico, siendo muy útiles para despertar el interés y la motivación del alumno de Derecho.

Por lo que concierne al aspecto jurídico de las obras estudiadas, Alvarez Vigaray indica que las referencias jurídicas en Cervantes pueden agruparse en tres apartados: a) menciones de términos o instituciones jurídicas, para comparar o definir una situación descrita en los textos (así, las alusiones a la muerte civil o a la obligación guarentigia); b) planteamientos más amplios en los que se desenvuelve una institución jurídica (buen ejemplo lo constituye la posesión de buena o de mala fe, en el hallazgo de la maleta de Cardenio); c) representar una institución jurídica la materia central de una novela o drama (así, el Derecho Matrimonial, en el estremés *El juez de los divorcios*). Este variado y abundante tratamiento evidencia en Cervantes un notable conocimiento del Derecho, y el profesor Alvarez Vigaray lo pone de relieve en numerosos lugares de su obra (pp. 85, 88-89, 95, 102, 105, 108, 110, 114, 144, 154, 162 y 167). Este reconocimiento, sin embargo, no hace perder al autor, en ningún momento, la objetividad y la ponderación en sus juicios (así, pp. 93, 107-108, y 120); por ello, al preguntarse por la razón de aquel saber, no se adhiere a la opinión, a veces expuesta, de que Cervantes cursó estudios de Derecho. No fue «jurisconsulto», afirma; pero no hay inconveniente en darle el calificativo de «jurisperito» si se atribuye a esta palabra «el significado de persona medianamente entendida en leyes» (p. 46).

(2) Cfr. LLEWELLYN: *Belleza y estilo en el Derecho*, trad. y pról. de J. Puig Bru-tau, Barcelona, 1953; MARÍN PÉREZ: *La política del Derecho*, 1963, pp. 98 y ss.

Si las referencias cervantinas a temas jurídicos pueden agruparse, con un criterio cuantitativo, del modo antes dicho, no será éste, sin embargo, el método de estudio que siga el autor, sino el propiamente jurídico, representado por el sistema de las *Pandectas* o de Savigny. De este modo, en el capítulo dedicado a la Introducción al Derecho y Parte General del Derecho civil, examina el profesor Alvarez Vigaray la idea de la justicia como valor legitimador de la comunidad política («Es tan buena la justicia —dice en cierta ocasión Sancho— que es necesario se use aun entre los mismos ladrones»), la coactividad de las normas, la legítima defensa, las circunstancias modificativas de la capacidad y, entre otras, el sexo, la edad, la condición social, la religión (con referencia especial a los moriscos, a cuya expulsión alude Cervantes en varios lugares de sus obras) y la prodigalidad, que se encuentra descrita en los textos cervantinos con más precisión que en las *Partidas*. Mención especial recibe el tema de la locura, que es asunto predilecto en Cervantes y cuyas descripciones profundas, detalladas y magistrales han creado personajes tan exactos como Don Quijote, Tomás Rueda y Cardenio, entre otros. A este respecto, observa Alvarez Vigaray: «Hay que destacar el que estos relatos, impecables desde el punto de vista de la ciencia médica, dejan en segundo plano o no lo tratan, el aspecto jurídico de la enfermedad. Los locos cervantinos, casi sin excepción, conviven en sociedad, no son internados nunca en los hospitales y, mucho menos, son objeto de incapacitación. Se eluden así frontalmente las principales consecuencias jurídicas de la enfermedad» (p. 73). Otras instituciones mencionadas son la muerte civil y las cosas divisibles e indivisibles, sobre las que el picaresco episodio de la cola del asno, protagonizado por Lope Asturiano en *La ilustre fregona*, permite al profesor Alvarez Vigaray efectuar agudas observaciones.

En el capítulo dedicado al Derecho de cosas destaca el amplio análisis relativo a la posesión de buena y de mala fe, a propósito del hallazgo que hizo Sancho, de la maleta de Cardenio (pp. 95-102), la reivindicación de las cosas compradas, procedentes de hurto (pp. 102-104) y la descripción, muy detallada y ajustada a Derecho, que Cervantes hace de la constitución de un censo consignativo (pp. 105-106).

Muy extensa es la parte dedicada al Derecho de obligaciones y contratos (pp. 107-145). En ella analiza el autor la obligación de garantía, las obligaciones ejecutivas, la libranza (a propósito de la que Sancho, como tomador, denominó «libranza pollinesca»), el arrendamiento de servicios, a cuyo objeto se examina la relación establecida entre Don Quijote y Sancho (pp. 120-126) y la existente entre el labrador Haldudo y su criado Andrés (pp. 116-119), a quien Don Quijote trató de socorrer, dictando una sentencia que representa, como Alvarez Vigaray razona, un precedente de la Escuela de Derecho libre. El contrato de hospedaje, los contratos aleatorios, como el juego y la apuesta, y diversos supuestos de responsabilidad por daño, son cuestiones que, entre otras, aparecen también desenveltadas.

La institución matrimonial ocupa un puesto central y reiterado en las obras cervantinas y es lógico, por ello, el interés del capítulo dedicado al Derecho de familia. En él encontramos referencia a los contratos preparatorios del matrimonio (como el corretaje matrimonial, en *El casamiento engañoso*) y los esponsales. La intervención de los padres en el matrimonio de los hijos, los vicios del consentimiento, la indisolubilidad matrimonial, la dote, los gananciales y el prohiamiento constituyen motivos centrales, unas veces, o referencias episódicas, otras,

pero siempre exactas, en las novelas y entremeses cervantinos. Merece destacarse, como hace el autor, el profundo conocimiento que Cervantes demuestra tener de los requisitos y formalidades del matrimonio, antes y después del Concilio de Trento, de cuya diferente regulación el insigne escritor sabe extraer los oportunos recursos que la ficción demanda en cada caso en sus obras (pp. 154 y ss.).

En la parte última de la obra, dedicada al Derecho de sucesiones, subraya el autor la precisión de las menciones que existen en esta materia (como ocurre con el número de testigos requeridos, según se trate de un testamento abierto o cerrado), y analiza con detalle las manifestaciones testamentarias que ofrecen las obras de Cervantes, como el del propio Don Quijote, el de Carrizales (en *El celoso extremeño*) y el de Constanza (en *La ilustre fregona*).

Como se advierte del apretado resumen efectuado, la obra reseñada constituye un estudio completo en los dos planos enunciados en su título: Desde el punto de vista del material analizado, porque comprende, no sólo la obra fundamental de *El Quijote*, sino la totalidad de las restantes obras, novelas y piezas de teatro de Cervantes. Desde el plano jurídico, porque el estudio jurídico de ellas se despliega sistemáticamente respecto del conjunto del Derecho civil. Esta doble totalidad, culminada por la completa referencia bibliográfica, evidencia la singularidad del trabajo del profesor Alvarez Vigaray y el interés del mismo.

Por otra parte, de cuanto se dijo antes, a propósito de la relación entre la literatura y el Derecho y la utilidad de la primera para el segundo, encontramos un buen ejemplo en este libro. La literatura cervantina se enriquece con esta obra, de consulta inexcusable. El estudioso de Cervantes y el mero aficionado a la lectura del genial escritor, se deleitará con esta **relección**, iluminada, desde el punto de vista del Derecho, con las observancias, matices y comentarios que el paciente y riguroso análisis del autor ofrece. Al estudioso y al estudiante del Derecho proporciona el profesor Alvarez Vigaray una visión magistral del Derecho civil incardinado en la realidad social del tiempo cervantino; nos muestra cómo el Derecho se manifiesta en los actos cotidianos del vivir humano y, con la apoyatura de la obra de Cervantes, pasa revista a buena parte de las instituciones jurídico-civiles en el Derecho histórico (Fuero Juzgo, Partidas, Nueva Recopilación) y aun en el vigente.

Unas páginas preliminares, de brillante y rico contenido, del profesor Gibert, prologan la obra. Merece destacarse, finalmente, la cuidada impresión, portada y original diseño con que la Editorial Comares y su inspirador, el jurista Miguel Angel del Arco han llevado a cabo la publicación de esta obra.

JUSTO J. GÓMEZ YSABEL.

ANNUAL SURVEY OF FAMILY LAW, 1985, Volume 9. Compiled by The International Society of Family Law (Journal of Family Law, vol. 25, núm. 1, 1986-1987. University of Louisville, 1986), 286 páginas.

Con la publicación aquí reseñada el *Annual Survey of Family Law* se ha convertido en un utilísimo instrumento de información jurídica general para los cultivadores del Derecho de familia, debiendo subrayarse el ingenioso procedimiento que ha permitido llevarla a cabo consistente en incorporarla a un número de la prestigiosa revista norteamericana *Journal of Family Law*, que, precisamente ahora, alcanza sus bodas de plata.

En su momento di cuenta a los lectores de este Anuario (cfr. A.D.C. 1975, pp. 459 y ss.) del nacimiento y actividades de la *International Society on Family Law*, que desde entonces ha venido celebrando con regularidad Congresos Internacionales de carácter interdisciplinar (Berlín, 1975, sobre el tema *The child and the law*; Montreal, 1977, *Violence in the family*; Upsala, 1979, *Family living in a changing society*; Harvard, 1982, *The resolutions of Family conflicts*; Bruselas, 1985, *The family, the state and individual security*), cuyos volúmenes —salvo el último— se han publicado puntualmente, al tiempo que, de forma más modesta, veían la luz anualmente Boletines con información sobre el derecho de familia a lo largo de los cinco continentes. Precisamente el número 9 de tales Boletines adquiere ahora mayor relieve tipográfico al incorporarse a uno de los números del *Journal of Family Law*, lo que incrementará su difusión, sobre todo en el mundo jurídico anglosajón.

En razón a su contenido, el presente *Survey* contiene crónicas de 29 países en todo el mundo, generalmente de corta extensión, obedeciendo a un modelo bastante uniforme, si bien adaptado al ordenamiento jurídico de cada Estado en particular (en los países del *Common law* se presta especial atención a la jurisprudencia y en los demás a las novedades legislativas). Sus autores suelen ser conocidos familiaristas y su información normalmente es de primera mano. Geográficamente, el mundo occidental está bien representado (si bien con ausencias notables como las de Italia, España y Portugal); Rusia, Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia, figuran entre los países comunitas; son muy interesantes las informaciones relativas a China comunista y al Japón, con extensión superior a la normal; el mundo americano sólo está representado por Argentina, Brasil, Canadá y Estados Unidos, y el africano, exclusivamente por África del Sur y Tanzania.

Cabe esperar que la ausencia de información sobre el Derecho familiar español sea subsanada en números ulteriores.

«Handbuch der internationalen Rechts- und Verwaltungssprache. Manuel de Terminologie Juridique et Administrative Internationale: Das Recht des öffentlichen Dienstes. Le droit des agents de la puissance publique», Köln, Berlin, Bonn, München, 1987. Publica: «Internationales Institut für Rechts- und Verwaltungssprache» de Berlín, Editor Carl Heymanns Verlag K.G., un volumen de 209 páginas.

El «Instituto internacional para la terminología administrativa y jurídica» de Berlín, desde hace años, viene realizando una tarea muy importante para el conocimiento científico de las instituciones jurídicas en el ámbito del Derecho comparado, desde una faceta primaria y fundamental, cual es el conocimiento concreto y preciso de su contenido a través de la terminología o del vocabulario específico utilizado dentro de una rama del saber en el ámbito de las humanidades de los pueblos europeos como es la ciencia de la jurisprudencia o del Derecho.

Por tanto, la función de esta gran colección de manuales, va mucho más allá, es más completa y rigurosa que la de un mero diccionario, puesto que está realizada por un equipo de expertos de ambos países en la materia que abordan de manera bilingüe o trilingüe y donde su tratamiento se realiza a través de tres planos: el bibliográfico, el monográfico y el de vocabulario.

En el caso de este completo manual sobre el Derecho de los agentes del poder público, o funcionarios, se dedica al examen de los mismos en la República Federal de Alemania y en Francia. La obra contiene unas observaciones preliminares, a doble página, en alemán y francés; además, se ofrecen las fuentes bibliográficas de conocimiento legales, jurisprudenciales y doctrinales, por separado, en su propio idioma. A continuación, como introducción, se hace un estudio del derecho de los agentes del poder público, primero para Alemania y después para Francia, también en ambos idiomas y a doble página. La tercera parte de la obra ofrece el vocabulario, que alcanza seiscientos cuarenta y seis términos especializados, igualmente en ambos idiomas y a doble página. La terminología abarca, primero las definiciones del poder público, con unas observaciones generales respecto al vocabulario y las explicaciones necesarias para su manejo, comprendiendo las definiciones concretas, sus fundamentos jurídicos, lo respectivo a los funcionarios, su estatuto, las generalidades, la carrera, las aptitudes y la cualificación de dichos funcionarios, el cese definitivo de sus funciones, los funcionarios políticos, el límite de edad, los deberes y derechos, los recursos y la protección jurídica y el régimen disciplinario; sigue sobre la remuneración de los funcionarios, sus generalidades, sus remuneraciones, cálculo y libranza de sus emolumentos, el reembolso de gastos, las ventajas familiares y los reajustes de las remuneraciones; además, sobre el régimen de jubilación, las cuestiones generales, la pensión, la asistencia en caso de accidente imputable al servicio y la asistencia a los sobrevivientes; también las relaciones contractuales de los asalariados de los servicios públi-

cos, sus generalidades, sus derechos y deberes, la remuneración de los asalariados, la terminación del contrato de trabajo, la pensión de los asalariados, la representación del personal y su gestión administrativa.

La obra se concluye además con dos completísimos índices alfabéticos de las materias tratadas en alemán y en francés. En definitiva, la obra es un instrumento de trabajo valiosísimo para todos aquellos que laboran en el ámbito del Derecho comparado europeo, tanto en su tarea científica como en la praxis negocial, comercial o financiera, donde encontrarán la respuesta segura no sólo a la traducción de un término, sino también a la comprensión de su contenido específico.

JOSÉ BONET CORREA

IBAN, IVAN C. (Coordinador)/DE LA HERA, A./LARICCIA, S./LOMBARDIA, R./LLAMAZARES, D./ MIRABELLI, C./ MONTERO, J. R./ REINA, V./ TEDESCHI, M.: «Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos (experiencia española e italiana)», Editorial Edersa, 1987.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz viene dando muestras de una actividad y pujanza muy a tono con la ilusionada vitalidad de su juventud. El libro que ahora reseñamos es buena prueba de lo dicho. Su contenido son las actas de lo que —*ex post*, según explica su coordinador, el Profesor Iván C. Iban— resultaría ser el Primer Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico Español. Jérez fue su sede, y a la iniciativa del Profesor Iban, catedrático de la Universidad de Cádiz, se debió su celebración.

El Congreso hizo objeto central de su atención la experiencia italiana y española de relaciones Iglesia-Estado. El tránsito en ambos países de un régimen autoritario a otro democrático, así como la honda implantación sociológica de la Iglesia en uno y otro, justificaban sobradamente la convocatoria a este proyecto de estudio paralelo y de contraste de experiencias por tantos puntos de contacto. «Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos» (pp. 5-19) fue el título de la brillante conferencia del Profesor Iban en la sesión de apertura.

A partir de aquí comenzará la exposición-reflexión sobre la temática central del encuentro, perfectamente estructurada desde la ordenada elección de sus diferentes puntos de vista. «La posizione del fascismo nei confronti della Chiesa» (Mario Tedeschi, pp. 23-42) y «La actitud del franquismo ante la Iglesia» (Alberto De la Hera, pp. 43-70) se abordaron en la primera sesión. «La actitud de la Iglesia ante el franquismo» (P. Lombardía, pp. 81-102) y «La posizione della Chiesa nei confronti del fascismo» debieron ocupar la segunda sesión; por imposibilidad del ponente italiano, esta segunda ponencia quedó sin defensa en el Congreso; tampoco su texto fue posteriormente incorporado a las actas. Tercera sesión: «La posizione della Chiesa nei confronti della Repubblica Italiana» (Cesare Mirabelli, pp. 109-121) y «La actitud de la Iglesia ante la España democrática» (Víctor Reina, pp. 123-135). Finalmente, cuarta sesión, «La posizione della Re-

pubblica Italiana nei confronti della Chiesa» (Sergio Lariccia, pp. 145-158) y «La actitud de la España democrática ante la Iglesia» (Dionisio Llamazares, pp. 159-194). En la sesión de clausura, el entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, Profesor Montero Gibert, disertó sobre «Iglesia, secularización y comportamiento político en España» (pp. 205-235). El contenido del libro se completa con los resúmenes de los coloquios habidos tras la exposición de las diferentes ponencias, el texto del breve y magistral saludo del entonces rector, Profesor Peñalver, a los asistentes al Simposio, una nota del Coordinador —de emocionada dedicatoria del volumen a la memoria del Profesor Lombardía— y, finalmente, un omnicompresivo índice de nombres.

Tanto la materia estudiada como el prestigio de los ponentes dan idea del interés de la obra. La contribución italiana discurre más marcadamente sobre el análisis histórico de los hechos (Tedeschi, Mirabelli...); la española, hecha salvedad de la intervención del Decano, Montero Gibert, sobre el estudio de los textos normativos (De la Hera, Lombardía, incluso Llamazares). Desde ambas perspectivas puede encararse el estudio de la completa realidad, siempre problemática, de las relaciones Iglesia-Estado. Quizá para llegar a la conclusión del menor espacio hoy posible a los Concordatos, incluso a la reducción del Derecho Eclesiástico del Estado; en definitiva, a la desembocadura en una nueva forma de relación entre las que tradicionalmente se llamaban «ambas potestades».

Nos parece claro que en esta línea apuntan no solamente las aportaciones de los distintos ponentes, sino lo que, en la terminología del inolvidable Papa Juan, se llamaron «los signos de los tiempos». La intensidad institucionalizada de relaciones lleva fácilmente a balances tan dolorosos como el formulado por Tedeschi para la situación en la Italia fascista (p. 42): «L'immagine dei due poteri che se ne trae è sconsolante, quella di una reciproca strumentalizzazione che prescinde da qualsiasi principio ideologico o umanitario... Ad anni tristi per lo Stato corrispondo anni tristi per la Chiesa». ¿No cabe reproducir sus palabras para la situación en la España franquista? Quizá sea la inercia histórica la que siga manteniendo hoy la prolongación del esquema concordatario en la forma de los vigentes acuerdos Estado-Santa Sede. Sobre la afirmación del principio de Mirabelli en favor del Concordato («Al di là delle varianti temporali appare permanente, nella posizione della Chiesa, la concezione della Chiesa e dello come entità di ordine diverso ma in necessaria correlazione in ragione dell'unico o comune destinatario: l'uomo. Stato e Chiesa adempiono a funzioni e svolgono attività che esigono coordinamento e collaborazione, ed il Concordato non appare in questa prospettiva accidentale, ma espressione di questa collaborazione» —p. 121—) parecen preponderar en dificultad, incluso su mermada utilidad en tiempos de normalización estatal democrática: «el instrumento concordatario —dice Víctor Reina (p. 133)— queda completamente desbordado en cuanto uno de los “poderes” contratantes se estructure democráticamente», ya que «los temas sobre los que la Iglesia recaba una competencia magisterial, para un Estado democrático son temas exclusivamente civiles que, por tanto, sólo pueden ser civilmente abordados a partir del juego de mayorías, básico en el sistema» (ib.). Por otra parte, parece fundada la opinión de Lariccia: «personalmente non credo che la stipulazione di un concordato abbia l'effetto di rafforzare, di fatto, il diritto costituzionalmente garantito dei rappresentati della confessione cattolica... (p. 158); o la afirmación de Llamazares (p. 160) en el sentido de que la relación entre el Estado y la Iglesia Católica debe acomodarse, por imperativo del princi-

pío de igualdad, al modelo constitucional de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas.

Y no sólo el Derecho Concordatario; también en buena parte el llamado Derecho Eclesiástico del Estado. Si, siguiendo a Lariccia (pp. 156-157), admitimos con Fedele que «non già nelle formule, più o meno nuove e perfette, relative ai rapporti tra Stato e Chiesa, ma nel problema della libertà religiosa consiste la parte più viva, più vitale, più fruttuosa del diritto ecclesiastico», inevitablemente vendrá a nuestra imaginación la representación de esta parcela del Ordenamiento estatal al modo en que la doctrina «moderna» en torno al derecho de propiedad llegó a concebir a éste, sobre la base de entenderlo como el puro reino de la libertad: **ein Loch im Mittelpunkt eines Normenkreises**. Parece lógico admitir que mientras más se concentre en el principio de la libertad el contenido normativo de una determinada materia, más debe reducirse la complejidad normativa, incluso la normación misma, de esa materia.

Y todo lo hasta ahora observado —es de interés señalado— resulta favorecido no sólo desde la perspectiva unilateral del enfoque secular de la relación Iglesia-Estado, como inmediata consecuencia de los principios constitucionales de aconfesionalidad estatal y libertad religiosa (arts. 16 y 14 C.E.), sino, igualmente, desde la perspectiva eclesiológica y pastoral del Vaticano II (**Dignitati humanae, Gaudium et Spes**). Con evidente acierto recordaba Lombardía (pp. 85-86) el «sorprendente hecho histórico» de que, entre nosotros, la confesionalidad entra en crisis como consecuencia de la propia doctrina de la confesión beneficiaria. ¿Estamos hoy en condiciones de encarar una nueva forma de presencia de la Iglesia en la sociedad y, consecuentemente, de ir desmontando las reliquias del viejo modelo de relaciones Iglesia-Estado? cumple al Estado la garantía de la libertad personal, también en material religiosa; a la Iglesia le basta con el reconocimiento de esta libertad. En perspectiva teológica y de fe, el Reino de Dios se afirma en la pura fuerza del Espíritu, y no en el apoyo externo de las estructuras humanas o «mundanas» de poder. Va mejor a la Iglesia de Cristo el modo del Maestro de estar en el mundo «como quien sirve» (Luc. 22, 27), que el del forcejeo dialéctico con los poderes de este mundo para obtener de ellos y en él su ámbito garantizado de acción.

Queden aquí estas reflexiones, formuladas al hilo de la reseña del interesante libro que recoge las actas del que resultó ser el Primer Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico Español. Resta sólo felicitar al Profesor Ivan C. Ibán por la iniciativa de su convocatoria.

ANTONIO GORDILLO

Jiménez de Cisneros Cid, F.J.: «Los Organismos Autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y Régimen Jurídico», Madrid, 1987, 565 páginas.

1. A primera vista puede causar cierta sorpresa el hecho de que una publicación especializada en Derecho civil dé noticia de la aparición de una monografía sobre un tema típico de la organización administrativa como es la que aquí se

reseña. Sin embargo, la generosidad del editor proporciona en este caso la ocasión de reflexionar sobre una obra tramada en sus líneas maestras sobre la urdimbre de uno de los conceptos capitales de la llamada teoría general del Derecho: el concepto de persona moral o jurídica, que se recoge en nuestro ordenamiento positivo en el Capítulo II del Título II del Libro Primero del Código civil, encabezado por el bien conocido artículo 35, en el que se atribuye ese carácter (de persona jurídica), por un lado, a las corporaciones, asociaciones y fundaciones **de interés público** reconocidas por la ley y, por otro, a las asociaciones **de interés particular** con personalidad propia, independiente de cada uno de sus asociados.

Es justamente este dualismo entre personas jurídicas de interés público y de interés particular el que ha dado pie para la recepción del concepto en el ámbito del Derecho Público, configurando las estructuras administrativas como una pluralidad de organizaciones personificadas e, incluso, construyendo el concepto de Derecho Administrativo como un Derecho estatutario, es decir, como «Derecho propio y específico de las Administraciones públicas en cuanto personas», según la difundida formulación de García de Enterría.

El impacto de la personalidad jurídica en el Derecho de las organizaciones públicas ha sido tan contundente que todo su entramado conceptual se ha articulado en nuestro país en torno a ese concepto. La propia noción de «órgano» se define por referencia a la de persona jurídica, en cuanto unidad administrativa sin personalidad propia pero que actúa, a través de su titular, expresando la voluntad de la entidad personificada de la que forma parte y que, lógicamente, no puede actuar directamente por sí misma. Pero el único sujeto de derechos y deberes, el único centro de imputación, el titular de las competencias o del poder público es la persona jurídica.

Sobre este par de conceptos (persona jurídica y órgano) ha girado en España todo el Derecho de Organización. Entre ellos, parece producirse el más absoluto vacío. Nada resultaría relevante para el Derecho en el seno de la persona jurídica, tesis que refleja la famosa idea kantiana de la «impenetrabilidad» de aquella y, en otro plano la vieja concepción germánica del carácter no jurídico de la organización. Pocas veces el formalismo habrá estado en mayor contraste con la realidad, con su rico y complejo juego de relaciones interorgánicas (conflictos de atribuciones, informes, pagos entre Ministerios, incluso autorizaciones de un órgano a otro dentro de la misma entidad personificada). Algunas voces aisladas (García Trevijano, Gallego Anabitarte) han seguido siéndolo. En el fondo la impenetrabilidad de la persona jurídica reflejaba más bien la escasa penetración, por falta de interés, de la doctrina española en el fenómeno de las organizaciones públicas.

2. En este panorama, deliberadamente simplificado y en el que habría que salvar aportaciones muy valiosas (Garrido, Ariño, Baena), la publicación de la monografía del profesor Jiménez de Cisneros supone un revulsivo lanzado sobre las demasiado quietas aguas de nuestro Derecho de Organización y, es, sin duda, la obra más relevante sobre la Administración institucional desde la aparición del libro del profesor Ariño Ortiz sobre la misma materia en 1972.

No es fácil comentar en pocas palabras el trabajo del profesor Jiménez de Cisneros. Lo primero que llama la atención es la madurez con que el autor aborda un tema tan difícil y su valentía para enfrentarse a los tópicos y penetrar en la realidad, que, para la dogmática jurídica, es, ante todo y fundamentalmente, la que ofrece el derecho positivo, para extraer de ella los conceptos y categorías que permiten vertebrar la materia estudiada.

El método es impecable. El objeto de la investigación se va delimitando mediante sucesivas aproximaciones que permiten situar, primero, el significado de los organismos autónomos en el Derecho español en contraste con el de otras instituciones análogas en los países de nuestro ámbito cultural que más han influido en el terreno jurídico (établissements publics, en Francia; öffentliche Anstalten, en Alemania); a continuación, se expone, de forma exhaustiva pero sin mengua de la claridad, el estado de la cuestión en la doctrina española, centrándose en las opiniones sobre el concepto de Organismo Autónomo, el significado de la personalidad jurídica y el Derecho aplicable a cada una de estas entidades; finalmente, el autor explica su planteamiento del tema, eludiendo posturas apriorísticas, casi siempre demasiado categóricas: ni mitificación de la personalidad jurídica, construyendo un «derecho singular» para cada Organismo, ni desmitificación total de ese concepto, considerándolo como una pura ficción sin consecuencias relevantes. El camino que se propone es más difícil, pero también más riguroso: analizar el Derecho positivo y extraer las consecuencias que resulten del análisis. Esas consecuencias son, en síntesis, que no hay tantos regímenes jurídicos como Organismos ni que todos ellos se rigen, en definitiva, por las mismas reglas que la Administración del Estado, sino que existe una pluralidad de regímenes jurídicos en función del «tipo» de Organismo objeto de regulación. De ahí la necesidad de construir una «tipología» (empírica, no «ideal» en el sentido de M. Weber) que permita clasificar la pléyade de Organismos y entender su significado, pues el régimen jurídico aplicable, con el mayor o menor grado de autonomía del Organismo, depende, en definitiva, del significado de aquél, es decir, del «tipo» de Organismo que se trate de configurar.

Veamos con algo más de detalle, sin perjuicio de la obligada brevedad, las tesis defendidas por el profesor Jiménez de Cisneros. En primer lugar, hay que destacar el propio concepto de «Organismo Autónomo». Esta expresión, que ha hecho fortuna en España a partir de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (L.E.E.A.) de 1958, es bastante desafortunada, ya que, como señala el profesor Gallego Anabitarte en el estudio preliminar a la obra recensionada, «organismo no es nada y lo puede ser todo, y en cuanto a autónomo, parece ser que son todo menos autónomos» (p. 15). Pues bien, ante la dificultad de conceptualizar la expresión, el autor opta por un concepto material, apartándose del formal de la citada L.E.E.A. (organismos con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, pero sujetos al Derecho público). Para él, siguiendo la concepción «material» de la administración pública postulada por su maestro, el profesor Gallego Anabitarte, la actividad administrativa no es sólo la que se somete al Derecho público, sino también la que se ejerce en régimen de Derecho privado, como ocurre cada vez con más frecuencia en nuestros días, de modo que la «huida hacia el Derecho privado» en la actividad de los poderes públicos, aconsejable en muchas ocasiones por razones de eficacia, no debe significar un relajamiento de la vinculación de aquéllos a los derechos fundamentales, ni, en general, una disminución de las garantías de los ciudadanos.

Partiendo de este criterio, el autor incluye en el concepto (material) de Organismo Autónomo a las Entidades de Derecho Público que actúan en régimen de Derecho privado, que son, en síntesis, las que el artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria denomina «Sociedades estatales». El propio autor reconoce que puede ser inconveniente «calificar como Organismos Autónomos a unas personificaciones públicas sujetas totalmente al Derecho privado» (p. 5), pero

prefiere esa opción a la de configurar un concepto amplio de «Fundaciones públicas» o «instituciones», por ser estos términos aún más equívocos que el de Organismo Autónomo, «pues éste indica siempre personalidad pública y encuadramiento en la Administración del Estado» y porque, además, «el término goza ya de una tradición que es difícil ignorar, habiendo calado en la doctrina española y en la legislación y jurisprudencia» (p. 6). Asimismo, considera preferible esa expresión a la de «Administración institucional», que «esconde, para un sector doctrinal, figuras heterogéneas algunas de las cuales no pueden hoy encuadrarse en el Estado, ya que no forman parte de su organización, sino que responden, más bien, a criterios e intereses de la sociedad (Corporaciones)» (p. 6).

Pues bien, bajo este concepto amplio de Organismo Autónomo, que rompe el criterio formal del régimen jurídico aplicable (público o privado), se distinguen los siguientes «tipos»:

a) La «Administración autónoma del Estado» (pp. 193 y ss.) que agrupa a la mayoría de estos Organismos y constituye, por tanto, el «tipo» más extendido.

b) Los Organismos Autónomos «neutrales» (pp. 307 y ss.), que se suelen denominar, asépticamente, «entes públicos» y que se caracterizan por una mayor autonomía funcional frente al Gobierno, sustituyendo la relación jerárquica existente en la del grupo anterior «por una efectiva relación de tutela respetuosa con los fines y estructura de esta clase de organización» (p. 310). Ejemplos serían, entre otros, el Ente Público R.T.V.E. y el Banco de España.

c) Las «personificaciones jurídico-públicas sometidas al Derecho privado» (pp. 341 y ss.), que son las Sociedades estatales antes mencionadas, carentes hoy de un régimen jurídico unitario pero con unas características comunes que derivan de la conveniencia de aplicar el Derecho privado para el logro de una gestión más eficaz.

d) Finalmente, los Organismos Autónomos «representativos» (pp. 407 y ss.), por tener un sustrato social y un carácter institucional que determinan la obligación de garantizar su autonomía. Según el autor, en el ordenamiento vigente, este «tipo» se agota en un único supuesto: las Universidades.

4. El acierto de todo este planteamiento metodológico estriba en el realismo con que se aborda la construcción jurídica de un material normativo caótico. Cualquiera puede pensar que no es lo mismo el I.C.O.N.A. que una Universidad, pero nada se avanza si a la hora de exponer la organización administrativa se dice simplemente que ambos son Organismos Autónomos (sujetos o no a la L.E.E.A.) porque tienen personalidad jurídica y patrimonio propios. En la doctrina española ya se había puesto de relieve que la personificación de servicios es, en muchos casos, una ficción que para nada afecta al encuadramiento en la organización estatal. Pero había que demostrar que incluso en el ámbito de los Organismos Autónomos típicos (lo que el profesor Jiménez de Cisneros denomina «Administración autónoma del Estado»), la personificación no es irrelevante, sino que está llena de consecuencias (titularidad de derechos fundamentales, posibilidad de impugnar actos de la Administración del Estado, exenciones tributarias, y autonomía en la cobranza, gestión y administración de sus fondos propios y patrimonio) (pp. 151 y ss.). Había que penetrar más aún para esclarecer el diferente significado de muchos de estos Organismos frente al «tipo» general, rompiendo la cáscara de la personalidad para, a la vista del régimen aplicable a cada

uno de ellos, detectar los matices que han permitido la construcción de la tipología antes reseñada.

Todo esto lo ha hecho el autor, enfrentándose con paciencia franciscana a un material normativo proteico y ordenándolo con visión magistral para que los árboles no impidieran ver el bosque y para que, dentro del bosque en el que inevitablemente había que introducirse, no se perdiera nunca el hilo conductor del trabajo; el concepto de Administración Pública y sus límites. A ello contribuyen, sin duda, aparte de la claridad del estilo, los frecuentes resúmenes y recapitulaciones que hilvanan los diversos capítulos.

La obra va precedida de un «estudio preliminar» a cargo del profesor Gallego Anabitarte (director de la tesis doctoral en que aquélla se basa y que mereció el premio extraordinario de la Universidad Autónoma de Madrid) que, en apretada síntesis llena de sugerencias, constituye, en cierto modo, un contrapunto al propio trabajo del profesor Jiménez de Cisneros, en cuanto se trata de desvelar el significado de una noción tradicional hoy casi olvidada: la de establecimiento público, ligada a la actividad de prestación y que atraviesa el criterio de la personificación, en cuanto el establecimiento público sería «una unidad orgánica — personificada o no— que dotada de unos medios materiales, personales y técnicos específicos, ofrece una serie de prestaciones a las particulares para la satisfacción de un fin público determinado» (p. XXXVIII).

Pues bien, como dice el autor del citado estudio preliminar, sólo el tiempo permitirá apreciar en su justo valor la aportación de la obra recensionada. En el momento presente, hay que saludar su publicación, al menos, por un doble motivo: por ser, en el plano teórico una de las monografías más rigurosas sobre Derecho de Organización aparecidas hasta la fecha; y por su utilidad práctica al proporcionar información completa (legislativa, doctrinal y jurisprudencial) sobre el régimen jurídico de muchas de las Entidades concretas estudiadas, de modo que este libro sobre la pluralidad de personas jurídicas en el Estado encierra muchas pequeñas monografías que no sólo no rompen su unidad, sino que, justamente, la conforman.

ANGEL MENÉNDEZ REXACH

JORDANO FRAGA, Francisco: «La responsabilidad contractual», prólogo de Francisco Calgano, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

Las líneas que aquí comienzan no pueden pretender el tono, reposado, detenido y maduro, de una nota crítica. Tampoco quisieran quedarse en una escueta y simple nota bibliográfica. Aspirarían a ofrecer una reseña de la obra recensionada, volcada más en la información sobre su contenido que en el examen y valoración del mismo. Que no sea suficiente la mera nota informativa, parece fuera de toda duda: seiscientas páginas, densas, documentadas, sin permitirse en ellas el autor el más mínimo alivio, y dedicadas a tema tan central como el de

la responsabilidad contractual, merecen bastante más que la mera información de su existencia. Que ante una obra de estas características resulte al menos frívolo entrar sin más, tras una primera y apresurada lectura, en la nota crítica, resulta evidente. Admitase, pues, el propósito intermedio: el de la recensión predominantemente informativa.

La estructura básica de la monografía se articula sobre la distinción de los cinco capítulos que la integran. El primero (pp. 25-84) se dedica a las consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de la responsabilidad contractual. El segundo (pp. 85-241), a las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español. El tercero (pp. 243-319), a lo que el autor considera «el problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del Ordenamiento». El cuarto (pp. 321-424), a las modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual. Finalmente, el capítulo quinto (pp. 425-598), aborda en detalle las reglas particulares de la responsabilidad contractual. El esquema nos parece perfectamente lógico y coherente. El rigor de su desarrollo termina por dar razón del interés de la obra.

A modo de simple indicador de tal interés, y particularizando algo más sobre su enfoque básico y sobre el alcance de su contenido, creemos conveniente resaltar algunos datos. El capítulo primero (consideraciones preliminares) sitúa el tema central de la investigación en su más amplia y real perspectiva. Amplitud que va desde la exposición de la evolución histórica hasta las referencias de Derecho comparado y convenciones internacionales. Y realismo, en un doble plano: el del análisis de los problemas desde la perspectiva económica, y el del reconocimiento del alcance real de la tesis objetivante que se propone: la pugna entre los criterios, subjetivo y objetivo, de responsabilidad tiene trascendencia más limitada de lo que a primera vista pudiera parecer; la polémica se establece «entre un objetivismo subjetivo y un subjetivismo objetivado» (p. 71); detrás de la discusión doctrinal «hay más equívocos terminológicos que diferencias sustanciales» (p. 80).

En el segundo capítulo (reglas generales de responsabilidad contractual), tras el estudio de sus antecedentes históricos, y del paralelo comparado que hoy representa el artículo 1.218 del vigente *Codice* italiano, se identifican en nuestro Código Civil las reglas generales de «responsabilidad-exoneración» (arts. 1.101, 1105, 1182, 1184), para proceder inmediatamente a su exégesis. Se coordinan dichas normas con otras generales, en particular con el artículo 1.104 y el 7.1. Se sitúa aquí el estudio detenido de la diligencia y el de la proyección sobre la misma del criterio general de la buena fe. Se fija el límite de la responsabilidad del deudor: la imposibilidad liberatoria, determinándose su concepto, que resultará ensanchado desde las exigencias de la buena fe y el estado de necesidad; contrastándose con el deber de diligencia, y afirmándose su común virtualidad, tanto para las obligaciones de resultado como para las de medios. Tras el estudio de la causa no imputable de la imposibilidad, el caso fortuito y la fuerza mayor, pueden ya avanzarse unas primeras conclusiones sobre todo lo anterior: el fundamento y límite de la responsabilidad contractual y el papel de la diligencia (¿dos funciones o dos nociones de la diligencia?) en el sistema de la misma.

En el capítulo tercero se encara el problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del Ordenamiento. Responsabilidad contractual y carga de la prueba —fundamentalmente—; parale-

lismo en la evolución, desde el punto de vista del riesgo, de la responsabilidad contractual y extracontractual; y, finalmente, valoración global de los medios de tutela del crédito y de los límites del esfuerzo deudor, son las materias ahora abordadas. En cuanto al punto principal —la carga de la prueba—, de tanto peso en la argumentación de la tesis mantenida por el autor, dos párrafos pueden darnos lo que nos parece la síntesis de su pensamiento y la virtualidad que se le atribuye. En materia de responsabilidad contractual la culpa, más que desencadenante próximo e inmediato, es (arts. 1.105, 1.182, 1.184) negativamente (su ausencia), elemento del hecho liberatorio complejo, y, como tal, sólo presupuesto mediato o indirecto de responsabilidad. De esta forma, la presunción contenida en el artículo 1.183 debe entenderse como todo lo contrario a un expediente excepcional; será pura aplicación de la norma general del artículo 1.214: «No es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que, tratándose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes. 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» (p. 281). De todos modos, la tesis objetivadora de la responsabilidad que se propone, tiene alcance sólo explicativo: «el área de responsabilidad del deudor que la doctrina tradicional define, no se ensancha con lo aquí sostenido; simplemente se explica más coherentemente. 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 misma idea de 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» (p. 296).

Del capítulo cuarto —modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual— destacaríamos el estudio de la técnica de la delimitación del objeto del contrato, como pretendida alternativa a la controlada limitabilidad de la responsabilidad y posible medio de defraudación de ésta («al margen de la interesante experiencia italiana en materia de limitación de la responsabilidad bancaria en el servicio de las Cajas de Seguridad»), así como el tratamiento de los límites generales de validez de las cláusulas limitativas: se estudian aquí los artículos 1.102 y 1.255 del Código Civil, y su *ratio*, y como criterios de control sustantivo de las cláusulas limitativas, las exigencias de la ley, la buena fe, la moral y el orden público; todo ello en directa relación con la problemática de las condiciones generales de los contratos y como instrumento al servicio de la protección del consumidor.

Finalmente, el capítulo quinto y último, aborda las reglas particulares de la responsabilidad contractual. Llegada la obra a su última parte, descendiendo del planteamiento general al de los diversos tipos de obligaciones, alcanza, a nuestro juicio, su más alto nivel. Se trata en ella de comprobar el acierto del criterio general hasta ahora propugnado. Los diferentes y concretos regímenes particulares encajan en él; no hay ya necesidad de excepcionales correcciones. Desde tal punto de vista, se estudia el régimen de responsabilidad en las obligaciones de dar, con particular referencia a las obligaciones genéricas y pecuniarias y al problema de la custodia; el de las obligaciones de hacer, distinguiéndose entre las de medios y las de resultado y dedicándose atención especial a las prestaciones profesionales; finalmente, el de las obligaciones de no hacer. Muy interesante el tratamiento de los que se consideran como casos discutidos: 1. Los supuestos del **receptum**, en particular, la responsabilidad por custodia en hoteles (régimen del Código Civil y nota acerca del régimen europeo uniforme) y responsabilidad de las entidades bancarias en el servicio de cajas de seguridad. 2. Transporte de personas. 3. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares, manteniéndose aquí la existencia de un principio general en este sentido. 4. El comodato y otros supuestos calificados como de garantía.

La obra, que en su concepción, contenido y expresión evidencia su origen italiano —tesis doctoral del autor en la Universidad de Bolonia— logra cumplidamente su propósito: «dar una visión completa del funcionamiento de las reglas de responsabilidad-exoneración en el ámbito contractual» (p. 19). Lo hace desde la perspectiva más moderna y actual: la de la más efectiva tutela del crédito. Acaso al lector español, habituado a las categorías tradicionales y sensible al criterio del *favor debitoris*, resulten en ocasiones duras algunas afirmaciones del autor; posiblemente se le producirá la impresión de que la obligación se entiende excesivamente desde el momento de la responsabilidad, más que la responsabilidad como la necesaria consecuencia de la deuda; que se privilegia el dato de la carga de la prueba sobre el de la fundamentación sustantiva del juicio de responsabilidad; que se apuesta excesivamente por la conveniencia de un criterio unificado de responsabilidad, en materia en la que —como en tantas otras en Derecho— es perfectamente posible la pacífica convivencia de un criterio general (responsabilidad subjetiva), con sus excepciones (responsabilidad objetiva), indudablemente justificadas en determinados sectores; que se da por buena la conveniencia de un paralelismo entre responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana, que quizá ni respondería siempre a una fenomenología común, ni siempre encontraría justificación suficiente; que en ocasiones se echa en falta la distinción entre la pura **perpetuatio obligationis** y el resarcimiento de daños... La obra del joven profesor Jordano Fraga es de las que obligan a pensar. Merece la pena el esfuerzo; tras él la reflexión ganará en profundidad.

Sería excesivamente ridículo, por pretencioso, poner fin a esta nota, añadiendo en ella, de cosecha propia, el elogio expreso de la obra recensionada. Ha sido su prologuista, el Profesor Francesco Galgano, quien lo ha hecho con absoluto rigor y autoridad: de «la aspereza del terreno en que se ha movido el autor»; del interés del tema, «profundamente ligado a las transformaciones del sistema económico», «tema de relevancia central en la experiencia jurídica de nuestro tiempo», resulta con toda evidencia «la gran importancia de la labor desarrolla-

da por Jordano Fraga». Sin duda constituye un «óptimo principio», que permite «presagiar con certeza a su autor una brillante carrera de civilista». Tras el elogio del maestro italiano, a nosotros sólo nos queda añadir nuestra felicitación a Jordano Fraga.

ANTONIO GORDILLO

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «Artículos 1.583 a 1.603 del Código civil. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales». Tomo XX-2.º, Madrid, 1986, Editorial Edersa, volumen XV, 492 páginas.

Este magnífico comentario al capítulo III del título VI del libro IV del Código civil, que comprende el arrendamiento de obras y servicios, es obra del muy ilustre Notario de Madrid y anteriormente profesor universitario, Dr. Lucas Fernández.

Los comentarios a esta parte articulada en el Código civil, dada su superación legal actual, estaba llena de dificultades que el autor va a salvar con agilidad e inteligencia, pues, como dice, la aplicación de estas pobres normas del Código civil a los trabajadores va a ser muy rara en la práctica, aunque no imposible. Pero no son sólo ellas, sino todo el nuevo bagaje legislativo, jurisprudencial y doctrinal lo que va a constituir el examen y enjuiciamiento de esta faceta de tanta importancia e interés como es el trabajo humano en sus relaciones jurídicas o contrato de servicios.

Los artículos 1.583 a 1.587 del Código civil se comprenden en la sección primera: «Del servicio de criados y trabajadores asalariados». Después de una introducción, se abordan las normas comunes a todos los arrendamientos de servicios para pasar concretamente al examen del arrendamiento de servicios de criados y trabajadores asalariados, sus normas comunes, especiales y las actuales vigentes. A continuación se examina el arrendamiento de servicios de profesiones liberales, así como otras modalidades como la asistencia técnica. Finalmente, se hace la exposición general del contrato de trabajo con el examen particularizado del Estatuto de los Trabajadores.

La sección segunda «De las obras por ajuste a precio alzado» abarca el comentario de los artículos 1.588 a 1.600. El análisis del artículo 1.588, para el contrato de obra, le lleva a su distinción con otros contratos (el arrendamiento de servicios, el contrato de trabajo, el arrendamiento de cosas, la compraventa, el contrato de mandato, el de depósito y el de sociedad); también examina los contratos administrativos de obra sujetos a la Ley de Contratos del Estado, la capacidad que tienen las personas físicas o jurídicas residentes en España, así como la de los extranjeros y la contratación administrativa de obras, para continuar con el detalle sobre los elementos reales del contrato (la obra y el precio), sus elementos formales y, sobre todo, un extenso desarrollo del contenido del contrato de obra (obligación del contratista de realizar la obra, la obligación de custodia y la obligación del comitente de facilitar los trabajos del contratista), concluyendo con la entrega, recepción de la obra y la propiedad de la obra.

El artículo 1.589 comprende la destrucción de la obra, su análisis y la «mora accipendi». El artículo 1.590 trata la regla general y el caso fortuito, la morosidad en recibir la obra, la mala calidad de los materiales y la pérdida por culpa

del contratista. El artículo 1.591 hace un tratamiento amplio sobre la razón de ser de la norma, la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal de contratistas y arquitectos, los presupuestos para la aplicación de este artículo, los aspectos de la legitimación activa (dueño de la obra, transmitente de un edificio, adquirente del dominio de la cosa construida, comunidad de propietarios o de otras personas) y pasiva (vicios de la construcción responsable, vicios de la dirección, vicios del suelo, promotor, subcontratista, ingenieros superiores y técnicos, la responsabilidad solidaria, la ruina, las viviendas de protección oficial y otros remedios jurídicos). Para el pago del precio por el comitente se analiza el artículo 1.592, así como el de obras por pieza o medida y la entrega o recepción de las obras. En el artículo 1.593 se trata de las obras convenidas por un ajuste a precio alzado, en vista de un plano convenido, la invariabilidad del precio, su aumento, cambio de plano, aumento de la obra y el consentimiento del dueño de la obra. En el artículo 1.594 se atiende al origen del precepto, su fundamento y naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación, el sujeto, los requisitos, los efectos y la indemnización al contratista. En el artículo 1.595 se destaca la obligación del contratista de ejecutar la obra convenida y el supuesto especial de contrato de obra «intuitu personae»; en el artículo 1.596 se perfila lo que debe entenderse por «personas que ocupare en la obra»; en el artículo 1.597 se examina minuciosamente la cuestión de la protección de los créditos relacionados con una obra; en el artículo 1.598 se precisan los requisitos para la aplicación del precepto, mientras que el artículo 1.599 lo hace sobre los pactos sobre el tiempo de pago, concluyendo con el artículo 1.600 sobre las obras a que se refiere y quien puede retener.

La brevedad con que se trata la sección tercera «De los transportes por agua y tierra tanto de personas como de cosas» (arts. 1.601 a 1.603), como el ilustre autor expone, es debido tanto a la parquedad de las normas del Código como a que los contratos quedan sujetos a las normas mercantiles y administrativas.

En definitiva, estamos ante un tratamiento profundo de los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinal, así como actualizado de las materias tratadas, que hacen de la obra un estudio tan óptimo como imprescindible.

JOSÉ BONET CORREA

RAPPORTS POLANAIS PRÉSENTÉS AU DOUZIÈME CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ. Académie Polonaise des Sciences (Warsaw, 1986), 221 páginas.

Recibo el presente volumen por los buenos oficios del Presidente de la Academia Polaca de Ciencias, Profesor Emérito de Derecho Civil Witold Czachórski, y ello me permite admirar, una vez más, el esfuerzo editorial y comparativo de países modestos, como Polonia, que no renuncian a estar presentes en el ámbito jurídico occidental a través de esas excelentes cajas de resonancia que son los

Congresos Internacionales de Derecho Comparado, de celebración cuatrienal. Presencia que no es únicamente la física (a veces dificultada por la distancia, como ha podido ocurrir en el XII Congreso celebrado en 1986 en Australia), sino también la científica a través de la puntual aparición editorial de las Ponencias nacionales presentadas, adecuadamente vertidas al francés o al inglés. No ha faltado esta presencia polaca en los últimos Congresos (Budapest en 1978, Caracas 1982 y Sidney 1986), y ello aunque el número de Ponencias nacionales no haya sido muy amplio, aunque sí representativo de la Ciencia jurídica polaca en el momento actual, abarcando temas como el de la doctrina jurídica como fuente de unificación internacional del derecho, los problemas originados por la traducción jurídica, el método de unificación de la Ley internacional de compraventa de cosas muebles, el control de las prácticas ilegales e irregulares desde el punto de vista de la protección de los consumidores, la Medicina moderna y el derecho de filiación, la evaluación del perjuicio en caso de ganancias dejadas de obtener, la influencia de la legislación agraria en las transformaciones de la estructura de la tierra en Polonia durante los últimos 20 años, la anulación de las marcas, el pluralismo y el Derecho Internacional, los límites del Derecho Político, la protección transnacional de los derechos del hombre, los mecanismos de las reformas administrativas. Los autores de las Ponencias son Profesores de las Universidades de Poznán, Lublin, Warsawa, Lódz, Cracovie, Torún y de la Academia Polaca de Ciencias. En francés se redactan los dos tercios de trabajos y en inglés el tercio restante.

Al tiempo que felicito a la Academia Polaca de Ciencias por poner al alcance del comparatista una información de interés, no puedo menos de lamentar la reiterada ausencia española en este campo, tanto más sensible cuanto con mayor insistencia ha sido denunciada.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Revistas

A cargo de Emilio BLANCO MARTINEZ

SUMARIO.—I. DERECHO CIVIL.—1. Introducción (núms. 1 y 2).—2. Derecho de la persona (núms. 3 al 12).—3. Persona jurídica (núm. 13).—4. Obligaciones y contratos (núms. 14 al 39).—5. Derechos reales (núms. 40 al 57).—6. Derecho de familia (núms. 58 al 78).—7. Derecho de sucesiones (núms. 79 al 85).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte General. Empresa (núms. 86 al 88).—2. Derecho de sociedades (núms. 89 al 93).—3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico (núms. 94 al 96).—4. Contratos mercantiles (núms. 97 al 101).—5. Derecho cambiario (núms. 102 al 106).—6. Derecho concursal (núms. 107 al 108).—III. DERECHO URBANISTICO (núms. 109 al 120).—IV. DERECHO NOTARIAL (núms. 121 al 123).—V. DERECHO PROCESAL (núms. 124 al 139).

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. GEGORCZYK, Christophe: Jurisprudencia: ¿fenómeno judicial, ciencia o método? «R.G.L.J.», septiembre 1986, pp. 319 y ss.

El término latino «jurisprudentia» señala, el autor, ha sobrevivido en el actual lenguaje jurídico francés, inglés y alemán, tras haber experimentado en cada uno de ellos una evolución semántica diversa. El trabajo se propone comparar las tres maneras contemporáneas de entender el término con su significación originaria; y ello no con el objeto de extraer conclusiones de interés lingüístico, sino para identificar los presupuestos metodológicos que constituyen su trasfondo filosófico.

2. STRASERRA, Luis: Las teorías del ordenamiento jurídico, «R.D.P.», febrero 1987, pp. 107 y ss.

El trabajo, según su autor, trata de realizar un breve examen de las teorías del ordenamiento jurídico, individualizando la componente ideológica que sostiene a cada una de ellas. Desde esta perspectiva se analizan las críticas a las teorías de Kelsen, Santi Romano, Bobbio, Hart y J. Raz. A continuación se estudian los diversos significados del término ideología y el dogmatismo, para concluir con una crítica a la crítica de las teorías del ordenamiento jurídico.

NOTA.—Las recensiones corresponden a los números publicados durante el primer semestre del año 1987. El índice de revistas reseñadas figura al final de esta sección.

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. **ALVAREZ RODRIGUEZ, Aurelia:** La doble nacionalidad de los hijos de los emigrantes. Comentario a las Resoluciones de la D.G.R.N. de 14 de julio de 1986 y 12 de enero de 1987. «La Ley», 13 de mayo de 1987.

4. **CASAS VALLES, Ramón:** Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad. Dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre el art. 18.2 de la Constitución, «R.J.C.», 1987, pp. 169 y ss.

En el trabajo se analiza el problema de la relación entre inviolabilidad del domicilio e intimidad, a la luz, sobre todo, de dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional: sentencia de 17 de febrero de 1984 (domicilio inviolable de la persona física) y sentencia de 17 de octubre de 1985 (domicilio inviolable de la persona jurídica). En palabras de su autor, la idea rectora del trabajo es simple: la inviolabilidad domiciliaria y la intimidad son derechos en la mayoría de los casos estrechamente relacionados (casi inseparables tratándose de personas físicas), pero, pese a ello, distintos y autónomos.

5. **DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis:** Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, «Poder Judicial», núm. 5, marzo 1987, pp. 41 y ss.

Reflexiones sobre el art. 24 de la Constitución que llevan al profesor Diez-Picazo a la conclusión de que el derecho que establece este artículo en su párrafo primero debe configurarse como derecho a la prestación jurisdiccional. Es, señala, el derecho a una actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado, que, constitucionalmente, no puede recibir una concreción mayor. Es el legislador, de acuerdo con las características del procedimiento y de los litigios vertidos en él, quien debe configurar esta prestación jurisdiccional. Cualquier otra tentativa que en este sentido se haga, lleva el artículo 24 de la Constitución, peligrosamente, más allá de lo que son sus lógicas coordinadas.

6. **IGARTUA ARREGUI, Fernando:** La protección del honor y la intimidad. Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1986, «Poder Judicial», núm. 5, marzo 1987, pp. 89 y ss.

7. **FERNANDEZ DE BOBADILLA CAMPOS, Fernando:** Cesión del Derecho a poseer dignidades nobiliarias, «La Ley», 13 de enero de 1987.

Si el derecho a poseer dignidades nobiliarias no es cosa que esté en el comercio de los hombres y, en consecuencia, no pueden ser objeto de contrato, señala el autor, ¿qué significación y alcance ha de darse a la palabra «cesión» que emplea el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912?

8. **FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, y ALVAREZ GONZALEZ, Santiago:** La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario a la STS (4.ª) de 7 de junio de 1986, «La Ley», 22 de abril de 1987.

9. **FOSAR BENLLOCH, Enrique:** La interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, en relación con el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Examen de las decisiones de la Comisión Europea, «Actualidad Civil», núm. 23, 1987 (452), pp. 1049 y ss.

La primera parte del trabajo está dedicada al análisis de las decisiones de la Comisión Europea sobre las leyes de interrupción voluntaria del embarazo. Se estudian el sistema europeo de protección de los derechos humanos y su integración en el ordenamiento jurídico español, el valor jurídico de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos y el valor jurídico de las decisiones de inadmisibilidad de las demandas de los particulares y de los informes sobre presunta violación de un derecho, formulados por la Comisión Europea. Igualmente se analizan los pronunciamientos de la citada Comisión sobre demandas interpuestas por particulares contra leyes de interrupción voluntaria del embarazo promulgadas en países miembros del Consejo de Europa (concretamente, caso Brüggemann-Scheuten contra la República Federal de Alemania y caso X contra Gran Bretaña). La segunda parte del estudio consiste en un comentario a la STC de 11 de abril de 1985, en el que se presta especial atención al controvertido tema del supuesto derecho a la vida del feto y a la distinción entre titular de derechos subjetivos y bien jurídico constitucionalmente protegido.

10. PERLINGIERI, Pietro: Información, libertad de prensa y dignidad de la persona, «R.J.C.», 1987, pp. 285 y ss.

Tras una nota introductora, en la que el autor valora el papel de la información en una sociedad democrática, en el trabajo se abordan las siguientes cuestiones: la libertad de prensa y sus «límites»: el valor primario de la persona y la protección civil en posición no subordinada a las sanciones y nociones penales; la libertad de prensa como función y como ejercicio de un derecho individual; la rectificación de prensa y la rectificación radiotelevisiva: disparidad de presupuestos y de tratamiento. Unidad de fundamento y sospechas de inconstitucionalidad. Necesidad de una relectura constitucional de toda la normativa; el acceso, como contribución «externa» a la función informativa, extendido a los servicios radiotelevisivos privados y a los diarios y periódicos; por último, la información como posición de libertad expresiva y organizativa y como instrumento de la personalidad de los destinatarios. Libertad y responsabilidad. El problema del control.

El estudio ha sido traducido del original italiano por C. Tortorici y cuenta con notas de adaptación a la legalidad española realizadas por E. Roca Trías.

11. RAMS ALBESA, Joaquín: Mejor derecho genealógico; uso y disfrute de título nobiliario; prescripción. Comentario a la STS de 14 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3767 y ss.

12. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José G.: Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido, «La Ley», 5 junio 1987.

Tras algunas consideraciones sobre la persona, como punto de partida del Derecho todo, se analiza el concebido y no nacido como realidad en el mundo jurídico y su posición ante el Derecho civil. El autor, partiendo de la realidad natural de la existencia de un ser humano vivo desde el mismo momento de la concepción y de la idea filosófico-natural de que tal ser humano tiene una radical dignidad y una esencial juridicidad —consagradas incluso positivamente en nuestra Constitución «ex» artículo 10—, concluye afirmando que todo ser humano es persona, desde el instante mismo de la concepción.

3. PERSONA JURIDICA

13. **PRADA GONZALEZ, José M.^a**: Las fundaciones, «Actualidad Civil», núm. 19, 1987 (380), pp. 1185 y ss.

Defiende el autor la necesidad de que se prepare y publique una Ley de Fundaciones. Una Ley moderna que desarrolle el derecho fundamental proclamado en el artículo 35 de nuestra Constitución y que no sólo permita —o tolere—, como hace hoy la iniciativa privada en el campo de los servicios sociales, sino que la promueva, aliente y canalice. Previamente aborda el origen y evolución de las fundaciones y su marco constitucional, con una breve referencia a las leyes autonómicas que las regulan. Igualmente apunta algunos aspectos que el derecho vivo de las fundaciones, tal y como se conoce en la práctica, plantea: concretamente, los referidos a los fines, sujetos, dotación y protectorado.

6. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

14. **ALBALADEJO, Manuel**: Compraventa simulada de inmuebles. Usucapión de la nuda propiedad. Comentario a la STS de 26 de marzo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3601 y ss.

15. **ALCOVER GARAU, Guillermo**: La mercantilidad de la compraventa de bienes para uso empresarial (en torno a la STS de 3 de mayo de 1985), «R.J.C.», 1987, pp. 443 y ss.

A propósito de la STS de 3 de mayo de 1985 se analiza el conflictivo tema de la calificación, mercantil o civil, de la compraventa interempresarial de bienes que se destinan, no a la reventa, transformados o no, sino a integrarse en la explotación industrial del empresario comprador; compraventas denominadas comúnmente «compras de bienes para uso empresarial».

16. **ALFARO AGUILA-REAL, Jesús**: La interpretación de las condiciones generales de los contratos, «La Ley», 14 de mayo de 1987.

Trabajo que obtuvo el IV Premio Nacional «La Ley» de Artículos Doctrinales para Profesionales del Derecho. Reproducimos aquí la introducción:

«La aproximación tradicional de nuestros estudiosos a las condiciones generales de los contratos ha tenido por objeto primordial el examen de su naturaleza jurídica. A partir de los años setenta, sin embargo, y en conexión con el desarrollo del llamado «Derecho de los consumidores», el punto de mira se ha modificado desplazándose el centro de atención hacia el estudio de los mecanismos de control.

Ha sido poca, sin embargo, la atención que se ha dispensado al que desde hace ya algunos años constituye el objeto principal del estudio de los juristas de nuestro entorno cultural: el examen del régimen jurídico de las condiciones generales de los contratos. Las cosas parecen estar tomando un nuevo rumbo en la época más reciente como consecuencia fundamentalmente de la promulgación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) en 1984, cuyo artículo 10 disciplina el fenómeno de una manera más detallada.

El propósito de este trabajo se inscribe en esta última dirección. En él se trata, en

efecto, de analizar un aspecto tan crucial del Derecho de las condiciones generales como es el relativo a su interpretación. A tal efecto, y por señalar un orden a nuestra exposición, procederemos en primer término a examinar el tipo de interpretación que conviene a las peculiaridades que adornan la contratación por medio de condiciones generales; a continuación, en segundo lugar, se examinará muy brevemente la relación entre interpretación y control del contenido; y por último, en tercer término se abordará el estudio de las reglas de interpretación específicamente previstas en nuestro ordenamiento para las condiciones generales de los contratos.»

17. BELTRAN ALANDETE, Teresa: La responsabilidad por vicios ocultos en los contratos de «leasing». Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 2 de diciembre de 1986, «La Ley», 23 de marzo de 1987.

18. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Condiciones generales de los contratos. Contrato mercantil de agencia de seguros. Error en la apreciación de la prueba. Interpretación de los contratos. Comentario a la STS de 26 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3657 y ss.

19. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional, «Actualidad Civil», núm. 3, 1987 (43), pp. 145 y ss.

Dentro de un marco más general que se caracteriza, según el autor, por la evidente dificultad de deslindar competencias entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas sobre un concepto tan amplio e indeterminado como el de defensa del consumidor, el estudio se centra en la cuestión más específica de la concurrencia de dichas competencias de defensa del consumidor con las que corresponden al Estado sobre la materia de los contratos. Desde esta perspectiva se analiza el alcance de los apartados 6.º y 8.º del artículo 149.1 de la Constitución y se comentan dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado el problema: en primer lugar, la STC 88/1986, de 1 de julio, que pone fin a los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley de Cataluña 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales; en segundo lugar, la STC 71/1982, de 30 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del País Vasco 10/1981, de 18 de noviembre, que aprueba el Estatuto del Consumidor.

19 bis. CACHON BLANCO, José Enrique: Notas sobre las inversiones extranjeras en España y las españolas en el extranjero, «Actualidad Civil», núm. 10, 1987 (189), pp. 609 y ss.

Panorama del régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España tras el profundo cambio legislativo operado en la materia a raíz del Texto Refundido de inversiones extranjeras de 27 de junio de 1986. Como es sabido, este texto refunde las normas existentes sobre la materia, adapta nuestra legislación a la de la C.E.E. y ha sido desarrollado por el Reglamento de 25 de septiembre de 1986. En el trabajo se describen, igualmente, los aspectos más destacados del nuevo régimen liberalizador de las inversiones españolas en el extranjero, contenido básicamente en el decreto de 7 de noviembre de 1986.

20. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis: Cláusula penal. Retraso relevante en el cumplimiento. Prueba del perjuicio. Diferencia de régimen jurídico entre los contratos de compraventa y de suministro. Comentario a la STS de 20 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3649 y ss.

21. COBACHO GOMEZ, José Antonio: Extinción del contrato de arrendamiento rústico por transcurso de plazo contractual. Notificaciones del arrendador y arrendatario. Denegación de prórroga. Cultivo personal. Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos. Comentario a la STS de 10 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3751 y ss.

22. CRISTOBAL MONTES, Angel: Los elementos personales y reales del pago, «R.C.D.I.», núm. 579, marzo-abril 1987, pp. 537 y ss.

Entre los elementos personales del pago se estudia, en primer lugar, la figura del «solvens»: capacidad, libre disposición de la cosa debida (art. 1.160 del Código civil), y con particular detenimiento, el pago del tercero. A continuación se analizan la persona del «accipiens», el pago al tercero, el pago al acreedor aparente y el pago a través de ingreso en cuenta corriente. La última parte del trabajo está dedicada al objeto del pago. Aquí se analiza la exactitud de la prestación cumplida: identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación.

23. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario, «La Ley», 13 de febrero de 1987.

Reflexiones sobre los problemas jurídicos que plantea la historia clínica en la relación médico-paciente en aquellos supuestos en que el médico desarrolla su función en el marco de una instalación hospitalaria. Como punto de partida se analiza, en primer lugar, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la relación hospital-médico en sus diversas manifestaciones, y a los conceptos mismos de «hospital» y de «historia clínica». En segundo término, se aborda la fundamentación jurídica de la posesión de las historias por parte del Centro. En tercer lugar, se estudia la cuestión relativa a si el médico ostenta algún tipo de derecho sobre la historia clínica, y cuál pueda ser, así como la consistente en determinar el alcance de la colisión entre la posesión de la historia clínica por parte del Centro y el secreto profesional que pesa sobre el médico. Termina el trabajo proponiendo algunos casos en que puede constituir problema jurídico la utilización de historias clínicas por parte de personas ajenas al médico que las ha elaborado, en razón precisamente a la posesión que de ellas tiene el centro sanitario.

24. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: Resolución, efectos, retroactividad, indemnización, intereses, mejoras. Comentario a la STS de 17 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3773 y ss.

24 bis. ENRICH MULS, Enric: Las inversiones españolas en el exterior, «R.J.C.», 1987, pp. 339 y ss.

Análisis del Real Decreto 2.374/1986, de 7 de noviembre, que regula las inversiones españolas en el exterior. El autor considera que este Decreto supone un paso más en la liberalización de la economía española y en la apertura de ésta hacia el exterior, en especial en lo que se refiere a las inversiones de cartera, aunque está por ver si su realiza-

ción práctica será más ágil que la de las inversiones directas. En el trabajo se estudian los antecedentes de la citada disposición, su ámbito de aplicación por razón del sujeto y del objeto de inversión (inversiones directas, inversiones de cartera, inversión en inmuebles y otras formas de inversión), los medios para realizar las inversiones, las obligaciones referentes a rendimientos, liquidación y transmisión, las competencias administrativas y bancarias y, por último, la fiscalidad de las inversiones españolas en el extranjero.

25. FERNANDEZ TOMAS, Antonio: La nueva directiva comunitaria en materia de capitales: de la libre circulación con carácter general al reforzamiento del control estatal, «La Ley», 30 de abril de 1987.

Estudio de la Directiva del Consejo de 17 de noviembre de 1986, nuevo texto básico del derecho comunitario derivado en materia de circulación de capitales. El análisis se centra en los siguientes aspectos: primero, las divergencias entre los ambiciosos objetivos señalados en el preámbulo y su contenido; segundo, la cláusula «standstill» procedimental; tercero, la reclasificación de las listas; cuarto, las operaciones sobre títulos cotizables en Bolsa, objeto de reclasificación; y quinto y último, la coherente flexibilidad de trato, por lo que respecta a la aplicación de la Directiva, en relación con España y Portugal.

25 bis. FORCADA JORDI, Marcos: Cuestiones en torno al rechazo del siniestro por las aseguradoras en supuestos de alcoholemia, «La Ley», 10 de abril de 1987.

Después de analizar algunas decisiones del Tribunal Supremo sobre el tema, el autor se manifiesta en el sentido de que las compañías aseguradoras no pueden evitar responder frente al perjudicado (en el ámbito del seguro voluntario), basándose en el incumplimiento, por parte del asegurado, de los pactos contractuales; y más concretamente, en el supuesto específico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Y ello sin perjuicio de que tales cláusulas puedan servir para legitimar el recobro de aquellas prestaciones que hayan tenido que efectuar.

26. GETE-ALONSO Y CALERA, María: Compraventa simulada. Confesión de la simulación en testamento revocado. Alcance de la revocación testamentaria. Usucapión. Prescripción de la acción de nulidad. Comentario a la STS de 6 de junio de 1986. «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3725 y ss.

27. GIL RODRIGUEZ, Jacinto: Los privilegios del crédito salarial, ¿prescriben o caducan? Comentario a la STS de 28 de abril de 1986, «Poder Judicial», núm. 5, marzo, 1987, pp. 77 y ss.

28. GORDILLO CAÑAS, Antonio: Prueba de presunciones y casación. Mandato para adquirir. Titularidad de lo adquirido por el mandatario, actuando éste en nombre propio. Comentario a la STS de 5 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3717 y ss.

29. GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación judicial en la legislación procesal y jurisprudencia actuales, «La Ley», 20 de enero de 1987.

Después de algunas consideraciones generales sobre la figura de la prescripción extintiva y tras analizar los requisitos que todo acto interruptivo debe cumplir, se estudia la primera de las causas de interrupción de la prescripción recogidas en el artículo 1.973 del Código civil: el ejercicio de la acción ante los Tribunales.

29 bis. MIGUEL CALATAYUD, José Antonio: Consideraciones sobre el artículo 2 del vigente Reglamento de Inversiones Extranjeras, «R.C.D.I.», núm. 579, marzo-abril 1987, pp. 257 y ss.

Comentario al artículo 2 del Reglamento de Inversiones Extranjeras, que, como es sabido, regula las distintas clases de aportaciones mediante las que podrán realizarse aquéllas. Tras algunas ideas generales, se analizan particularizadamente las cuentas extranjeras de pesetas convertibles, las cuentas de ahorro del emigrante, las cuentas bancarias de pesetas con Andorra, las cuentas corrientes postales, las cuentas en pesetas ordinarias a turistas, las cuentas ordinarias de pesetas para contratos de obra y, con especial detenimiento, la cuenta de pesetas interiores. El resto del trabajo está dedicado al régimen jurídico actual de las cuentas extranjeras (condición del titular, apertura y movilización) y al estudio de otros medios de pagos inversores; en concreto: aportación de capitales no dinerarios y aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjeras. Concluye con una referencia a la posible aportación de cualquier otro medio de pago.

30. MULLERAT, Ramón: Las inversiones directas en la Ley de Inversiones Extranjeras de 27 de junio de 1986, «R.J.C.», 1987, pp. 79 y ss.

En el trabajo se analiza la evolución legislativa en materia de inversiones extranjeras, se señalan los objetivos de las recientes reformas y sus principales innovaciones y se definen y clasifican los distintos supuestos encuadrables dentro de la noción «inversión extranjera». Igualmente se estudia con detalle la regulación de las inversiones directas en España, a la luz de la nueva normativa de carácter liberalizador: definición y formas, régimen aplicable, cómputo de porcentajes, procedimiento de verificación y autorización, formalización de la inversión extranjera directa y regulación de la transferencia de capitales al exterior.

30 bis. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual, «Actualidad Civil», núm. 1, 1987 (I), pp. 1 y ss.

Tras algunas precisiones terminológicas y conceptuales que llevan al autor a la conclusión de que, en rigor, más que de «responsabilidad extracontractual» hay que hablar de «obligación nacida de acto ilícito», se enumeran y estudian separadamente los presupuestos de este tipo de obligación (acción u omisión ilícita, daño, culpa y nexa causal), poniendo de manifiesto la progresiva objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual, por obra, fundamentalmente, de una abundantísima jurisprudencia. Finaliza el trabajo con dos epígrafes dedicados, respectivamente, a los sujetos de la obligación nacida de acto ilícito y a la relación de esta última con el proceso penal.

31. ORTI VALLEJO, Antonio: La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos, «R.D.P.», febrero 1987, pp. 120 y ss.

Tras algunas consideraciones preliminares en las que se aborda la problemática jurídica que plantea el incremento del mercado de vehículos de ocasión y el retraimiento de la demanda de vehículos nuevos, el trabajo analiza las siguientes cuestiones: la venta de vehículos de ocasión y las nuevas orientaciones en materia de defectos en la compraventa; la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en este tipo de ventas y sus límites; el deber de información de los defectos y la responsabilidad del vendedor; la comisión en venta: responsabilidad del representante del vendedor que negocia la venta; responsabilidad del vendedor en caso de accidente producido a consecuencia de defectos del vehículo; el problema del plazo de ejercicio de las acciones por defectos de la cosa vendida y su relación con la calificación, civil o mercantil, de la compraventa de vehículos de ocasión; por último, la incidencia de la nueva legislación sobre ITV en las ventas de vehículos usados.

32. QUINTANA CARLO, Ignacio: La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la Comunidad Económica Europea), «Actualidad Civil», núm. 13, 1987 (253), pp. 801 y ss.

En el trabajo se exponen las normas que, con anterioridad a la ley de 19 de julio de 1984, protegían los intereses de los consumidores en las distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, se analiza la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por último, se comparan los resultados obtenidos por el legislador español con la política comunitaria sobre esta materia.

33. REBOLLEDO VARELA, Angel: Resolución de contrato de compraventa de bien inmueble. Incumplimiento del vendedor: no entrega de la cosa al tiempo pactado. Distinción entre retraso, mora e incumplimiento. Compraventa de vivienda en construcción: cantidades anticipadas y garantía legales. Incumplimiento por el vendedor. Comentario a la STS de 9 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3735 y ss.

34. RUBIO SAN ROMAN, José Ignacio: La reforma del artículo 1.591 del Código civil, «Actualidad Civil», núm. 6, 1987 (104), pp. 337 y ss.

Estudio de carácter aproximativo sobre las posibles líneas de reforma del artículo 1.591 del Código civil. Entre los aspectos concretos más relevantes se alude a la necesidad de regular la responsabilidad contemplando el proceso edificatorio en su totalidad y a la definición y delimitación técnica de la obra, con referencia a los distintos elementos personales intervinientes (dirección técnica, ejecución material de la obra, promotor, etc.). Igualmente se propugna el mantenimiento de la distinción entre ruina y daños, la fijación de distintos plazos de duración de la acción de resarcimiento según la naturaleza del daño y la remisión a la legislación complementaria administrativa para aspectos concretos impropios de un precepto del Código civil. Dentro de lo que el autor denomina «aspectos conexos» se propone la reforma concordante de los artículos 1.593, 1907 y 1909 del Código civil y el aseguramiento de riesgos (seguro de la construcción).

35. RUBIO TORRANO, Enrique: Mora «accipiendi». Incumplimiento. Resolución de contrato de compraventa. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3697 y ss.

36. SAINZ VELEZ, José Luis: Nuevas formas de contratación agraria en España: los contratos de integración, «La Ley», 2 junio 1987.

Análisis de las distintas modalidades de «contratos de integración» reconocidas en nuestro Derecho: acuerdos interprofesionales y acuerdos colectivos y los contratos-tipo que de ellos derivan y contratos de compraventa, negociados bien colectivamente bien a título individual y sujetos a la legislación mercantil vigente.

37. TAPIA HERMIDA, Alberto: La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección al consumidor a crédito. Comentario a sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985, «R.D.B.B.», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 145 y ss.

38. TORRES, Teodora F.: Arrendamientos rústicos; retracto legal. Ejercicio conjunto por varios arrendatarios. Improcedencia si uno de ellos no es profesional de la agricultura. Unidad mínima de cultivo. Legislación aplicable. Comentario a la STS de 10 de marzo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3569 y ss.

39. VIDAL MIGUEL, Bartolomé: El estacionamiento de vehículos y las obligaciones que asume el concesionario del aparcamiento, en su caso. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 1986, «R.J.C.», 1987, pp. 547 y ss.

5. DERECHOS REALES

40. ALVAREZ ALVAREZ, José Luis: El tanteo y el retracto en la nueva Ley del Patrimonio Histórico Español, «R.D.P.», enero 1987, pp. 6 y ss.

El ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración en el caso de transmisión de los bienes que forman parte del Patrimonio histórico español, se regula, como es sabido, en el artículo 38 de la nueva Ley. En el trabajo se estudian los antecedentes de este precepto, los bienes a que se refiere, los actos a los que se aplica el derecho de tanteo y retracto, los aspectos personales y formales de estos derechos, el pago del precio, la coordinación del tanteo y el retracto, su concurrencia con otros derechos de preferente adquisición y, por último, la necesidad de inscripción.

41. ARRIETA MARTINEZ DE PISON, Juan: La desecación de marismas: perspectiva histórica y actual, «La Ley», 19 de mayo de 1987.

Es difícil encontrar en el ordenamiento positivo español, señala el autor, un giro tan radical como el que se ha producido en materia de protección de zonas húmedas. El giro, añade, no puede ser más espectacular: no es que el interés público sea otro que el de hace medio siglo (conversión), sino que es el opuesto a aquel (conservación). Este es, sin duda, uno de los hechos que ha incidido más directamente en la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el régimen jurídico. El trabajo obtuvo el Accésit al IV Premio Nacional «La Ley» para Estudiantes de Derecho.

42. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: Acotaciones al nuevo proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, «R.G.L.J.», octubre 1986, pp. 525 y ss.

El propio autor, en las consideraciones iniciales, señala el sentido y el alcance del trabajo: «quien de algún modo intervino en parte de los trabajos preparatorios de la reforma, se siente obligado ahora a comunicar sus reflexiones sobre el alcance y contenido de la que todos esperamos que sea muy próximamente la nueva ley reguladora del derecho de autor en España. Voy a hacerlo desde mi concepción de siempre; desde mis ideas básicas sobre lo que supone y exige la protección que dispensa la propiedad intelectual. A eso responden estas Acotaciones. No pretendo con ellas un examen exhaustivo del nuevo Proyecto. Me limitaré sólo a tratar de sus aspectos fundamentales, de los que me parece que son sus preceptos básicos y de las fórmulas y soluciones del Proyecto que a mi juicio merecen, o una consideración especial, o un obligado comentario crítico».

43. BOTANA AGRA, Manuel: La pretendida indefensión del nombre comercial adquirido por uso extrarregistral. Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1986, «La Ley», 4 de junio de 1987.

44. CANO MARTINEZ DE VELASCO, José Ignacio: Distintos supuestos posesorios de justo título, ánimo de abandono, buena o mala fe y de cambio de tipo de renuncia relacionados con el proceso de transmisión y adquisición en virtud de ésta, «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 319 y ss.

El autor, que recientemente ha publicado un libro sobre «Renuncia a los derechos», realiza en este trabajo una serie de consideraciones adicionales sobre el tema, centradas en las siguientes cuestiones: el justo título y posesión del renunciante y del beneficiario de la renuncia (tenencia y carencia de él); el «animus dereliquendi» en la renuncia «solo animus»; el juego de la buena o mala fe, y, por último, conversión y sustitución de renunciaciones.

45. CARRASCO PERERA, Angel: Competencia de la jurisdicción civil, derecho de propiedad. Limitación por Planes de Urbanismo, servidumbres legales de distancias. Comentario a la STS de 5 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3707 y ss.

46. COCA PAYERAS, Miguel: Urbanizaciones privadas; aplicación de las normas de la LPH; incumplimiento de normas del Estatuto y Reglamento; legitimación del propietario de una parcela para defender el conjunto urbanizado. Limitaciones de la propiedad, no constitutivas de servidumbre, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3673 y ss.

47. FIESTAS LOZA, Alicia: ¿Protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados? (Acotaciones a «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», de Germán Gallego del Campo), «R.C.D.I.», núm. 578, enero-febrero 1987, pp. 87 y ss.

En un reciente estudio, «Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del XIX», publicado en la «R.C.D.I.», 1986, pp. 333 y ss., su autor, G. Gallego del Campo, niega, en síntesis, la existencia de una relación directa entre el proceso desamortizador y los precedentes de la legislación hipotecaria en nuestro país. Por el contrario, la autora, en las acotaciones que realiza al citado estudio y en la línea de sus anteriores investigaciones sobre el tema, mantiene que el «Registro de la Propiedad» se creó, en

la segunda mitad del siglo XIX, principalmente para proteger a los compradores de bienes desamortizados. Lo cual no significa, matiza, que el recién creado «Registro» protegiera únicamente a dichos compradores: el «Registro» amparaba a todos los que cumplieran los requisitos exigidos por las correspondientes normas registrales. En su opinión, el análisis de la sociedad liberal burguesa permite asegurar que el «Registro» se habría creado también si no se hubieran producido choques entre la Iglesia y el Estado español a causa de la desamortización. Mas en este supuesto, se pregunta, ¿cuándo se habría creado y cómo se habría configurado el «Registro»? El historiador, concluye, no puede dar respuesta a estas preguntas.

48. LASO MARTINEZ, José Luis: Enfitensis sobre fincas afectadas por planes de ordenación, «R.C.D.I.», núm. 578, enero-febrero 1987, pp. 47 y ss.

Estudio de los problemas que plantea en la práctica el entronque del moderno proceso urbanizador con las viejas instituciones aún existentes. En concreto, de los que surgen al quedar afectos a planes de ordenación terrenos rústicos que tenían olvidados en sus primeras inscripciones del siglo pasado la constitución de censos. A partir del evidente conflicto de intereses que surge entre las partes, el autor lleva a cabo una interpretación actualizada del haz de derechos que entraña la enfitensis en relación con el proceso urbanístico. Siempre desde esta perspectiva, el trabajo comienza con el estudio del origen de los censos concedidos por los Ayuntamientos, del concepto y sentido general del censo enfitéutico y de la naturaleza jurídica de este derecho. Seguidamente se plantean la cuestión de la subsistencia y vigencia de los censos, el problema de la *reducción de los mismos* y el alcance del *laudemio o derecho del censalista en caso de venta de la finca por el censatario*. La parte final está dedicada al análisis de otros derechos dominicales del censalista; en concreto, el derecho de comiso, el derecho al reconocimiento del dominio directo, el derecho de reversión «*mortis causa*» y los derechos de tanteo y retracto.

49. MARINA MARTINEZ-PRADO, Jesús: Subasta de obras de arte. Retracto por la Administración. Comentario a la STS (3.ª) de 4 de noviembre de 1986, «La Ley», 24 de junio de 1987.

50. MARTIN-BALLESTERO HERNANDEZ, Luis: El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico, «R.D.P.», marzo 1987, pp. 219 y ss.

El asociacionismo agrario, señala el autor, es una realidad histórica; la explotación en común de la tierra realizada según diversas formas jurídicas y que hoy, en el Derecho agrario, llamamos agricultura de grupo, ha sido en los reinos de España germen de cultura y diferenciación jurídica. En el trabajo se estudian la antigua propiedad colectiva de los pueblos, de la propiedad social o colectiva de la Edad Media y las formas asociativas en el Derecho foral histórico, con especial referencia a la llamada comunidad doméstica. Igualmente, se realiza una extensa reseña de aquellas instituciones de Derecho de familia y de Derecho sucesorio foral que por su carácter, encierran pactos asociativos y de continuidad patrimonial.

51. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: La multipropiedad, «Actualidad Civil», núm. 27, 1987 (538), pp. 1663 y ss.

El estudio parte de una idea inicial o aproximativa de la multipropiedad y, tras unas breves precisiones terminológicas, analiza su función económico-social, su

inserción dentro de los tipos de copropiedad y su calificación y naturaleza jurídica. Todo ello permite al autor definir la multipropiedad como «derecho de propiedad con múltiples sujetos sobre una vivienda cuyo poder de cada uno sobre la misma se concreta a un tiempo correspondiente a su turno preestablecido». A continuación, aborda la estructura de la citada figura (sujeto, objeto y contenido), las facultades y deberes de los multipropietarios y su relación con la cuota de participación, así como el título constitutivo y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Los últimos epígrafes se dedican, respectivamente, a la imposibilidad de ejercicio de la acción de división y a las causas (generales y específicas) de extinción de la multipropiedad.

52. PASQUAU LIAÑO, Miguel: La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la Ley de Propiedad Horizontal, «Actualidad Civil», núm. 17, 1987 (341), pp. 1057 y ss.

Tras un sucinto planteamiento de la cuestión, se analizan los criterios de la Ley de Propiedad Horizontal en materia de acuerdos y los principales problemas que tal régimen suscita. A continuación, el trabajo se centra en el estudio particularizado de las distintas posibilidades de disidencia contempladas en la citada Ley: en relación a los acuerdos para los que se exige unanimidad, en relación al problema de la instalación de nuevos servicios comunes de interés general y en relación a los acuerdos para los que solamente se exige mayoría. Se plantea, igualmente, si, en general, y con independencia de la validez intrínseca del acuerdo, puede el disidente interponer interdictos para interrumpir o evitar la ejecución de tales acuerdos. La última parte del artículo está dedicada a los límites del derecho a la disidencia: buena fe, abuso del derecho y doctrina de los propios actos.

53. PAZ CANALEJO, Narciso: La naturaleza jurídica de las entidades de gestión colectiva previstas en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, «La Ley», 3 de abril de 1987.

El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual contiene, entre sus principales innovaciones, una regulación de las que denomina «entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley». Para el autor, se trata, sin duda, de una materia del mayor interés práctico, puesto que, como se ha dicho con toda razón, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual constituye la forma moderna de ejercicio del derecho exclusivo de los creadores intelectuales. A ello se debe añadir que, cuando se apruebe la nueva Ley, se va a producir el tránsito desde una situación de monopolio jurídico a un relativo o frenado pluralismo institucional de base privada. Estas y otras consideraciones llevan al autor a reflexionar sobre las mencionadas entidades, a la luz del Proyecto, especialmente sobre su naturaleza jurídica.

54. PEREZ DE CASTRO, Nazareth: El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra, «Actualidad Civil», núm. 4, 1987 (60), pp. 217 y ss.

Con ocasión de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 (que desestima el recurso de casación interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar) y del voto particular emitido por uno de los Magistrados de la Sala, el trabajo plantea dos importantes cuestiones, todas ellas relativas a la propiedad intelectual. La primera, si es o no posible afirmar que en el artículo 20.1.b) de la Constitución se

atiende a la propiedad intelectual. La segunda, el derecho del autor de la obra respecto a la integridad de la misma y sus posibles modificaciones una vez que aquélla ha sido enajenada.

55. PEREZ PASCUAL, Eduardo: Sugerencias a una futura Ley sobre Urbanizaciones Privadas, «R.C.D.I.», núm. 578, enero-febrero 1987, pp. 9 y ss.

En el trabajo se delimitan jurídicamente las urbanizaciones privadas en el marco del urbanismo y se apuntan algunas de sus conexiones con la Administración Pública para, a continuación, plantear su problemática en el orden jurídico de las relaciones privadas entre los titulares de las mismas. Carentes las urbanizaciones privadas de una ley propia y específica, se analizan la diversidad de soluciones jurídicas que ha ensayado la doctrina jurídica, el denominado Proyecto de Ley de Urbanizaciones Privadas de 1971 y las dos figuras en que de forma principal se han venido estructurando jurídicamente en la práctica: recurso a la sociedad civil y aplicación analógica de la normativa de la propiedad horizontal. Concluye el trabajo subrayando la conveniencia de una ley específica que regule las urbanizaciones privadas, y apuntando algunos elementos que el autor considera indispensables en su estructuración jurídica: concretamente, la obligación de redactar un Estatuto general, la determinación de los órganos de gobierno y gestión y la necesidad de inscripción registral del Estatuto.

56. POVEDA DIAZ, José: Servidumbre «altius non tollendi». Acción negatoria. Menciones en el Registro. Arrastre de cargas. Comentario a la S.T.S de 27 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3797 y ss.

57. VILASECA I MARCET, Josep M.: Introducció a la nova llei d'Aigües, «R.J.C.», 1987, pp. 9 y ss.

Introducción a la Ley 24/85 de 2 de agosto. Tras una breve referencia a los antecedentes de la nueva ley, se aborda el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aguas, con especial referencia a Cataluña. A continuación, se estudia el demanio de las aguas (naturaleza jurídica, extensión a las aguas subterráneas renovables y las aguas privadas), así como el aprovechamiento de las mismas (usos y aprovechamientos, preferencias y policía de aguas). La última parte del trabajo se dedica a la organización administrativa de las aguas: organismos de cuenca y sus funciones, naturaleza jurídica de las nuevas Confederaciones Hidrográficas y comunidades de usuarios.

6. DERECHO DE FAMILIA

58. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: La aplicación del artículo 1.320 del Código civil en caso de una segunda vivienda habitual, «Actualidad Civil», núm. 22, 1987 (434), pp. 1353 y ss.

¿Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición sobre la vivienda habitual cuando existen dos de estas características? A través del estudio del artículo 1.320 del Código civil, en el trabajo se trata de dar respuesta a esta cuestión, de indudable trascendencia en el ámbito notarial, registral y judicial, según señala su autor.

59. ALVAREZ SACRISTAN, Isidoro: La prueba del cese efectivo de la convivencia conyugal en el divorcio, «La Ley», 19 de junio de 1987.

Análisis de los problemas que plantea la prueba del cese efectivo de la convivencia conyugal, a partir de la sentencia del Juzgado de Familias de San Sebastián que desestimó la demanda de divorcio presentada por un cónyuge, con consentimiento del otro, con base en el artículo 86.3.a) del Código civil, aportando como prueba dos contratos de arrendamiento del esposo, celebrados a partir del abandono del domicilio, para habitar otra vivienda.

60. AVILA ALVAREZ, Pedro: Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad, «R.C.D.I.», núm. 578, enero-febrero 1987, pp. 27 y ss.

Texto de la Conferencia pronunciada por el autor el día 5 de junio de 1986 en la Universidad Católica de Puerto Rico, dentro del Ciclo «Nuevas tendencias del Derecho civil en España». La exposición se centra en el estudio de la influencia del régimen matrimonial en las inscripciones de los actos o contratos inscribibles y en la calificación de las facultades dispositivas de los que otorgan tales actos. Desde esta perspectiva, se examina separadamente la regulación hipotecaria de los distintos regímenes matrimoniales típicos: sociedad legal de gananciales, participación y separación. Termina el trabajo considerando dos normas comunes a todos ellos: la que hace referencia a las relaciones económicas entre cónyuges sometidas a una ley extranjera y la dirigida a la protección del hogar familiar.

61. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: Capitulaciones matrimoniales; disolución y liquidación de la sociedad de gananciales; preservación de los derechos de los acreedores. Comentario a la S.T.S. de 13 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3759 y ss.

62. CAMPUZANO TOME, Herminia: El desequilibrio económico como presupuesto de otorgamiento de la pensión del artículo 97 del Código civil, «Actualidad Civil», núm. 9, 1987 (168), pp. 537 y ss.

El artículo 97 del Código civil consagra una figura de pensión posterior a la separación o divorcio que carece de antecedentes en el Derecho español y que plantea, entre otras arduas cuestiones, la de fijar de forma clara y precisa sus presupuestos de otorgamiento y, más concretamente, la de determinar cuál es la interpretación que, dentro del contexto de dicho precepto, se ha de dar a la expresión desequilibrio económico.

63. DIAZ ALABART, Silvia: El reconocimiento del dispensado de emancipación para casarse necesita ser aprobado judicialmente, si aún no se casó, «Actualidad Civil», núm. 5, 1987 (82), pp. 281 y ss.

Estudio de la norma contenida en el artículo 121 del Código civil y conforme a la cual el reconocimiento otorgado por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad, necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Se analizan los encontrados puntos de vista existentes en la doctrina sobre la citada norma y se desarrollan los argumentos que llevan a la autora a defender una interpretación del artículo 121 del Código civil, «literalmente posible, y en cuanto a su espíritu, preferible», de acuerdo con la cual por sí solos son capaces de reconocer únicamente quienes, estando emancipados, son independientes, y los que no estén eman-

cipados (como es el caso del dispensado no casado) necesitan aprobación judicial, porque no son independientes.

64. DIZ PINTADO, Esperanza: La inscripción civil del matrimonio canónico, «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 347 y ss.

El Estado, señala la autora, obra correctamente cuando impone a sus súbditos católicos la obligación de dar cuenta de los matrimonios celebrados canónicamente y determina la inscripción de los mismos en el Registro Civil como prueba de que se han realizado. Pero, añade, no obra correctamente cuando limita su efectividad. En el trabajo se estudia la actitud del Estado ante el matrimonio, a través de la inscripción. Se analizan, en concreto, la inscripción del matrimonio canónico en el artículo VI del Acuerdo Jurídico; la inscripción del matrimonio en la legislación civil actual y, por último, la inscripción del matrimonio canónico a la luz de la Constitución.

65. EGEA I FERNANDEZ, Joan: La tutela de menores a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment, «R.J.C.», 1987, pp. 301 y ss.

La Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, recoge, en el Título VI, dentro del marco genérico del tratamiento y prevención de la delincuencia infantil y juvenil, una materia que, como señala el autor, puede afectar plenamente al ámbito civil: la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación. En el presente trabajo se estudian los problemas jurídicos que plantea esta regulación.

66. GONZALEZ GONZALEZ, Aurora: Reflexiones sobre algunos aspectos del convenio regulador, «Actualidad Civil», núm. 14, 1987 (273), pp. 865 y ss.

Ante una situación de crisis matrimonial, y junto a la demanda de separación o divorcio planteada por los cónyuges de mutuo acuerdo o bien por uno de ellos, con el consentimiento del otro, es imprescindible la presentación de lo que se denomina «convenio regulador». Su contenido se regula con amplitud en el artículo 90 del Código civil. El trabajo se centra en el estudio de este último precepto, analizando especialmente su apartado c) que, como es sabido, regula la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

67. HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen: Nuevas técnicas de procreación artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas, «R.G.L.J.», octubre 1986, pp. 467 y ss.

Los grandes avances y las modernas técnicas en el campo de la medicina, de la biología y de la genética, señala la autora, nos han conducido, entre otras cosas, a nuevos métodos de procreación humana, y ello nos lleva a reflexionar muy seriamente sobre algunas cuestiones graves e importantes que se están dando en nuestro tiempo y, por tanto, en nuestra sociedad. El trabajo aborda, en concreto, los siguientes temas: admisión o no de la procreación artificial; sujetos a quienes se les debe aplicar; clases de inseminación artificial; requisitos necesarios para llevarla a cabo: consentimiento, anonimato, limitación del número de donaciones y gratuidad; filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la inseminación artificial; investigación e impugnación de la paternidad; y, por último, la inseminación artificial «post mortem».

68. MARTINEZ SANCHIZ, José Angel: Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia, «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 7 y ss.

Ponencia de la Delegación Española para el I tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1986. En el trabajo se trata de dar respuesta a una importante cuestión: ¿hasta qué punto debe penetrar el derecho en el entorno familiar? Para ello, el autor parte de la distinción entre Derecho público y privado, expone su concepción de la familia y analiza extensamente, a la luz de las recientes leyes reformadoras, las siguientes instituciones: la filiación, la patria potestad, la tutela, el matrimonio, y el régimen económico-matrimonial.

69. MC CAFFERY, James M.: Febrero y la comunidad de gananciales en Louisiana, «R.D.P.», abril 1987, pp. 332 y ss.

Louisiana fue el primer Estado bajo la comunidad de gananciales que entró en la Unión. Ahora, señala el autor, los Estados de la Unión norteamericana que han adoptado este régimen son nueve, lo que pone de manifiesto la importancia del estudio de las fuentes españolas. En el trabajo se analiza, en concreto, la importancia de la obra de Febrero y se estudian brevemente veintiocho decisiones sobre la comunidad de gananciales en que la Corte Suprema de Louisiana (entre los años 1809 y 1842) citó a este autor.

70. MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: Régimen económico en las uniones extramatrimoniales, «La Ley», 30 de junio de 1987.

Reflexiones sobre el régimen económico en las uniones extramatrimoniales a la luz de algunas recientes e importantes sentencias de los tribunales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, que mantiene la licitud y eficacia del convenio celebrado por una pareja sometiéndose al régimen de gananciales; sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de mayo de 1986, que estimó existente la causa de necesidad para la denegación de prórroga del contrato de arrendamiento urbano, en base a que un hijo del arrendador mantenía una relación de convivencia con su pareja, asimilable al matrimonio; y, por último, S.T.S de 13 de junio de 1986, que negó el derecho de viudedad foral aragonesa en una situación de ruptura de la convivencia conyugal desde el año 1934 por acuerdo amistoso.

71. NAVARRO BELMONTE, Antoni: Consideraciones generales sobre las causas de divorcio en el Derecho español. Especial referencia al sistema divorcista en que se encuadra el conjunto de las mismas (I) «Actualidad Civil», núm. 11, 1987 (212), pp. 673 y ss. «Actualidad civil», núm. 12, 1987 (236), pp. 737 y ss.

La reforma del Código Civil ha establecido en su conjunto un sistema mixto de divorcio-remedio y de divorcio-sanción. Esta es la conclusión a que llega el autor tras realizar unas consideraciones generales sobre el divorcio y sus causas en el Derecho español, analizar los diversos sistemas de divorcio y las modernas tendencias en la materia y estudiar los antecedentes y la tramitación parlamentaria del actual artículo 86 del Código civil.

72. NAVARRO BELMONTE, Antonio: La condena por atentado como causa de divorcio, «R.D.P.», mayo 1987, pp. 419 y ss.

Comentario a la causa 5.^a de divorcio contemplada en el artículo 86 del Código civil y que, como es sabido, consiste en la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. A partir de su regulación positiva, se analiza esta causa en relación con las demás recogidas en el Código, y se estudian el sistema de divorcio en que se apoya y algunos aspectos penales que plantea su supuesto de hecho. Seguidamente se abordan los antecedentes de la norma, las soluciones del Derecho comparado y, por último, y particularizadamente, los elementos que integran la mencionada causa.

73. NAVARRO BELMONTE, Antonio: La resolución judicial firme en procesos de separación como causa de divorcio, «La Ley», 8 de mayo de 1987.

Comentario al artículo 86.3.a), segundo inciso, del Código civil, que, como es sabido, establece como causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde la firmeza de la resolución judicial a petición de cualquiera de los cónyuges. En el trabajo se analiza esta causa, sus antecedentes, las soluciones de derecho comparado y los distintos elementos que la integran.

74. PILLADO MONTERO, Antonio: Notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción, «R.D.P.», mayo, 1987, pp. 446 y ss.

Tras algunas consideraciones críticas sobre la filosofía que parece inspirar la reforma, el autor realiza un estudio crítico del articulado del Proyecto de Ley de adopción que en el momento de redactarse el trabajo se tramita en las Cámaras legislativas. En su opinión este proyecto presenta como diferencia más destacada con su precedente inmediato, la de repartir la drástica reforma que se avecina entre dos textos: el Código civil y la L.E.C.

75. SERRANO MORENO, José Luis: Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio, (I) «Actualidad Civil», núm. 28, 1987 (557), pp. 1719 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 29, 1987 (573), pp. 1767 y ss.

En la primera parte del trabajo se estudian, por una parte, la familia sin matrimonio carente de «animus» disidente (y que, según el autor, lo es bien por la existencia de una legislación antidivorcista, bien por marginalidad o motivación cultural, bien por motivos fiscales) y, por otra, la familia sin matrimonio que rechaza conscientemente la formalización legal del vínculo, sin tener impedimento para ello. En la segunda parte se analizan las posibles reacciones del ordenamiento jurídico ante las uniones libres y se formula una propuesta de tutela jurídica de las mismas adaptada al ordenamiento jurídico español.

76. SIGNES PASCUAL, Mario: En torno al Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de adopción, «La Ley», 17 de marzo de 1987.

La primera parte del trabajo está dedicada a resaltar los puntos más importantes y novedosos que presenta el Proyecto de reforma en materia de adopción. La segunda parte analiza, en concreto, cómo queda regulado el negocio adoptivo en el mismo texto.

77. SILVÁ-RUIZ, Pedro F.: El Derecho de familia y la inseminación artificial «in vivo» e «in vitro», «R.P.D.», abril 1987, pp. 323 y ss.

Tras algunas reflexiones iniciales sobre las innumerables cuestiones, éticas y jurídicas, que plantean al Derecho de familia los avances científicos, particularmente en el campo de la inseminación artificial, se abordan brevemente los siguientes temas: definición de inseminación artificial; inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga; la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, con especial referencia a la inseminación «post mortem»; la inseminación artificial heteróloga dentro del matrimonio y los problemas de la confidencialidad del expediente médico y del acceso a la información que sea indispensable al hijo concebido mediante este procedimiento; la mujer soltera y la inseminación artificial; la fertilización «in vitro»; la investigación con embriones; y, por último, la denominada maternidad subrogada.

78. VILLAGOMEZ, Alfonso: Nulidad de compraventa celebrada en tiempo anterior e inmediato al matrimonio de los otorgantes. Validez de las declaraciones contenidas en testamento, no constitutivas de materia testamentaria. Comentario a la S.T.S. de 6 de junio de 1986, «La Ley», 5 de marzo de 1987.

7. DERECHO DE SUCESIONES

79. GARAY MORENO, Rafael: Testamento y autonomía de la voluntad en la doctrina jurídica de Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 367 y ss.

El Tratado de Sucesiones de Vázquez de Menchaca, señala el autor, ha sido obra poco explorada en tiempos modernos. De los muchos y muy variados asuntos de doctrina jurídica que Menchaca presenta en la citada obra, se estudian en este trabajo los que, a juicio del autor, merecen especial atención en materia de Testamento.

80. GUTIERREZ-SOLAR Y BRAGADO, Eduardo: La condición testamentaria captatoria, (I) «Actualidad Civil», núm. 24, 1987 (470), pp. 1465 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 25, 1987 (491), pp. 1537 y ss.

El trabajo comienza con el estudio de la condición captatoria en Roma, en el Derecho intermedio, en el Derecho comparado y en el Derecho foral. A continuación, se analiza el alcance del artículo 794 del Código civil que, para el autor, constituye una excepción a la regla general del artículo 792 y no incluye todos los casos de influencia ejercida en un testamento mediante otro negocio de la misma clase. Seguidamente, se estudian los argumentos que ofrece la doctrina para rechazar las condiciones captatorias y el problema de la sanción (nulidad o anulabilidad) de las mismas. El resto del trabajo está dedicado a analizar, en concreto, el carácter captatorio o no de una variada gama de posibles condiciones.

81. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: Testamento navarro de hermandad: interpretación de cláusula. Fideicomiso de residuo. Ineficacia de donaciones. Posesión: buena fe; interrupción; frutos. Comentario a la S.T.S. de 8 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3621 y ss.

82. RAMS ALBESA, Joaquín: Usufructo viudal aragonés y existencia de bienes consorciales en el supuesto de separación de hecho. Comentario a la S.T.S. de 13 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3665 y ss.

83. RUIZ-RICO RUIZ-MORON, Julia: Los límites a la autonomía privada en el testamento, «Actualidad Civil», núm. 2, 1987 (22), pp. 73 y ss.

Los límites a la autonomía privada en el testamento se estudian atendiendo a las dos concretas manifestaciones en que, a juicio de la autora, se escinde la autonomía «mortis causa»: libertad de testar (mediante la cual su titular acude al testamento como forma de encauzar sus intereses) y libertad de disponer (mediante la cual se vale para determinar el contenido concreto de aquél). Del juego combinado de ambas, el titular obtiene la garantía de que sus bienes seguirán el destino que él mismo ha manifestado con su declaración de voluntad.

Entre los límites impuestos a la libertad de testar se hace referencia a la necesaria utilización del negocio jurídico testamentario y a los derivados de la peculiar estructura de este negocio: en concreto, la preservación de la voluntad del testador, los requisitos del objeto y causa del testamento y la trascendencia de la forma. Dentro de los límites impuestos a la libertad de disponer «mortis causa» se estudian el problema de la patrimonialidad de la disposición, los límites a las disposiciones testamentarias de contenido económico (en el nombramiento de herederos y legatarios y en la partición de los bienes) y, por último, la libertad de nombrar albaceas y su alcance.

84. SEGURA ZURBANO, José María: El testamento de los padres de un deficiente mental. Problemas y soluciones, «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 435 y ss.

Conferencia pronunciada en San Sebastián, el 4 de junio de 1986, en las Jorriadas de Información sobre tutela de los deficientes mentales, organizadas para sociólogos y asistentes sociales especializados en el trabajo con subnormales. Aborda, desde una perspectiva eminentemente práctica, algunas de las cuestiones jurídicas que plantea el problema prioritario que supone para los padres del deficiente mental prever la situación de éste cuando aquéllos falten.

85. YSAS I SOLANES, María: Reclamación de legítima. Donaciones entre cónyuges. Frutos. Presunción muciana. Donaciones imputables a la legítima. Comentario a la S.T.S. de 24 de febrero de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3555 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

86. CAUQUI, A.: La transferencia de tecnología patentada, «R.D.P.», marzo 1987, pp. 250 y ss.

La Ley 11/1986 ha dejado abierto el camino para que la figura legal de la patente se convierta en un vehículo consensuado de transferencia de tecnología, más que en un medio coercitivo de transmisión de conocimientos que, por otro lado, carecía de efectividad en gran medida. Esta y otras ideas se exponen en el trabajo, dedicado a estudiar la legislación española en materia de licencias de patentes, los principios que la informan, los tipos de licencia (contractuales, de pleno derecho y obligatorias) y, por último, las normas sobre transferencia de tecnología extranjera.

86. bis FORASTER SERRA, Miguel: Regulación legal del comercio de exportación, «La Ley», 6 de marzo de 1987.

En el trabajo se analiza la regulación actual del comercio de exportación y se destaca cómo España ha aprovechado la adhesión a las Comunidades Europeas para regular «ex novo» las transacciones de exportación, adaptando su normativa a la comunitaria.

87. MASSAGUER FUENTES, José: Reflexiones sobre la incorporación del artículo 5 quater del Convenio de la Unión de París en la nueva Ley de Patentes (art. 61.2): ¿Hacia una ampliación de los productos protegidos por patente de procedimiento para fabricación?, «La Ley», 9 de enero de 1987.

En el nuevo derecho de patentes español, la extensión de la exclusiva conferida por una patente de procedimiento sobre los productos obtenidos con la aplicación de esta última viene determinada por los artículos 50.c) y 61.1 de la Ley de Patentes. El primero reproduce el artículo 29 c) del Convenio sobre Patente europea para el Mercado común; el segundo incorpora el artículo 5 «quater» del Convenio de la Unión de París. El trabajo está dedicado al estudio e interpretación de estos importantes preceptos.

88. OTERO LASTRES, José M.: Sobre la caducidad de la marca por falta de uso. Comentario a la S.T.S. de 30 de octubre de 1986, «La Ley», 16 de marzo de 1987.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

89. GARCIA VILLAVERDE, Rafael: Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad. Comentario a la S.T.S. de 1 de octubre de 1986, «La Ley», 7 de enero de 1987, pp. 1 y ss.

90. LOPEZ CERECEDA, Esperanza: Sociedades Anónimas. Censores de cuentas: nombramiento de censores en sociedades cerradas; los accionistas censores dejan de serlo si pierden la condición de accionistas; el socio minoritario no tiene derecho a ser nombrado censor. Retribuciones administradores; no está sometida al artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas la «gratificación extraordinaria», ya no es retribución. Comentario a la S.T.S. de 28 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3687 y ss.

91. OTERO LASTRES, José Manuel: La reforma de la legislación sobre sociedades: sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada, «La Ley», 16 de junio de 1987.

El ingreso de España en la C.E.E. ha traído como consecuencia la necesidad de reformar nuestro Derecho de sociedades con el fin de adaptarlo a las Directivas comunitarias. La reforma afecta no sólo a la L.S.A., sino también a la L.S.R.L. Dentro de este marco general, en el trabajo se abordan tres puntos fundamentales: en primer lugar, la relación entre la dimensión de la empresa y el tipo social elegido por el empresario; en segundo lugar, las principales innovaciones que se van a introducir en el régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada; en tercer lugar, por

último, el tema de la transformación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada.

92. QUIJANO GONZALEZ, Jesús: Sociedades anónimas: órgano administrativo. Administradores solidarios; derecho de información y rendición de cuentas entre coadministradores; sociedad en constitución. Comentario a la S.T.S. de 9 de mayo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3637 y ss.

93. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: Sociedades Anónimas: distinción entre amortización y reembolso de acciones. Relación entre reembolso y reducción del capital social. Aplicación del régimen general a las sociedades anónimas de economía mixta. Comentario a la S.T.S. de 21 de marzo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3577 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

94. DOMINGO GONZALEZ, Vicente: Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio Colegiados. Diferenciación de sus oficios, funciones y ámbitos de competencia material, «La Ley», 1 de mayo de 1987.

El legislador del vigente Código de Comercio, señala el autor, determinó en el artículo 88 la existencia de tres oficios de Agentes Mediadores: los Agentes de Cambio y Bolsa, los corredores de Comercio y los Corredores intérpretes de buques. No obstante, añade, esa clara distinción de oficios establecida por el C.Co. fue posteriormente oscurecida por determinadas disposiciones, lo que hace necesario un detallado examen del tema que arroje luz y ponga fin a tanto confusiónismo.

95. MUÑOZ CERVERA, Miguel: El mercado común bancario y las reformas de 27 y 28 de junio de 1986, «La Ley», 30 de enero de 1987.

En el trabajo se estudian las últimas reformas producidas en el ámbito del régimen jurídico de la banca extranjera en España, motivadas por la integración de nuestro país en la C.E.E. y la consiguiente asunción del denominado «acervo comunitario». Se analizan, en concreto, el fundamento y el contenido del mercado común bancario, las Directivas comunitarias relativas al mismo y las reformas de 27 y 28 de junio de 1986.

96. VICENT CHULIA, Francisco: El reconocimiento judicial de la unidad de la profesión de auditor. Comentario a la S.T.S. (3.^a), de 27 de enero de 1987, «La Ley», 1 abril 1987.

4. CONTRATOS MERCANTILES

97. CREMADES, Bernardo M.: El crédito bancario y su instrumentación, «La Ley», 20 de marzo de 1987.

Análisis de las modernas modalidades del crédito bancario, surgidas como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad. Las modalidades de financiación

analizadas son: la financiación en divisas, la financiación a interés flotante, la financiación sindicada, el mercado de letras de cambio y de pagarés, la técnica de crédito documentario, las llamadas garantías a primera solicitud y la permuta financiera. En relación con la vertiginosa evolución experimentada en la instrumentación del crédito bancario en algo más de diez años, entiende el autor que hemos asistido a una desintermediación financiera en perjuicio de la ley mercantil, a una desintermediación jurídica, en contra de la inevitable intervención de fedatarios públicos y a una desintermediación procesal, en evitación de someter la solución de los conflictos necesariamente al juez estatal.

98. DARGALLO NIETO, Marita: Los contratos de franquicia y el Derecho comunitario, «R.J.C.», 1987, pp. 199 y ss.

El 28 de enero de 1986 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó sentencia el caso «Pronuptia», el primero en el que se aplican las normas comunitarias de la competencia a los contratos de franquicia. Este artículo examina la decisión de la Corte y las implicaciones futuras que de ella se derivan para la franquicia en la C.E.E.

99. GARCIA GONZALEZ, José Antonio: Notas sobre el contrato de «factoring» en Italia, «R.D.B.B.», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 89 y ss.

Estudio de la figura del factoring en el Derecho italiano, tomando como punto de referencia los últimos movimientos en favor de una regulación del contrato. Como pone de relieve el autor en sus conclusiones, en el trabajo se presta particular atención a la exposición y estudio del principal problema que se plantea en este contrato: que en el mismo se opera una transmisión global de todos los créditos del cliente cedente, tanto los actuales como los futuros, instrumentándose mediante la cesión de créditos regulada en los artículos 1.260 y ss. del Código civil, en la que se determinará su carácter «pro soluto» o «pro solvendo» a través de la actuación de la reserva contractual establecida en favor del factor y denominada facultad de aceptación o de aprobación. Un segundo aspecto que se destaca es el rol financiero que, con mayor incidencia que en épocas recientes, desarrollan los factores mediante el anticipo de los créditos que son cedidos; lo cual plantea toda la problemática de su control dentro de la intervención de la Administración en el sistema financiero, así como su relación con la actividad bancaria.

100. GARRIDO DE PALMA, Victor: Actualidad del crédito bancario sindicado, «La Ley», 7 de julio de 1987.

En la práctica bancaria actual, señala el autor, existe una modalidad de operación activa denominada crédito sindicado o consorciado. En él una pluralidad de operadores bancarios conceden a un empresario un crédito, importante en su cuantía y complejo por las condiciones estipuladas. Su novedad, la no regulación específica de la figura y su importancia en el mundo de la economía y en el de la banca, hacen que el jurista tenga necesariamente que prestarle atención.

101. MARINA GARCIA-TUÑÓN, Angel: El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: La «Unfair Contract Terms Act» de 1977, «R.D.B.B.», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 35 y ss.

El análisis de la problemática derivada de la utilización de cláusulas «injustas» en el marco del Derecho anglosajón, señala el autor, *presenta indudable interés para conocer la evolución del Derecho contractual en el ámbito de la «common law»*. El trabajo se ocupa de exponer el modelo de control elaborado por el legislador británico tendiente a establecer un marco legal que determine la validez y eficacia de un tipo de cláusulas que, por su especial trascendencia en el contrato, y en aras de salvaguardar un principio de equilibrio, se considera deben estar sometidas a una regulación restrictiva.

5. DERECHO CAMBIARIO

102. AREAN LALIN, Manuel: El endoso cambiario de apoderamiento, «La Ley», 15 de mayo de 1987.

Trabajo que obtuvo el Accésit al IV Premio Nacional «La Ley» de Artículos Doctrinales para Profesionales del Derecho. Estudia el endoso de apoderamiento: función económica, evolución histórica, naturaleza jurídica, forma, efectos, causas de extinción y, por último, el endoso de apoderamiento encubierto.

103. DOMINGUEZ GARCIA, Manuel Antonio: Cheque. Pago por el librado de cheque por importe superior al saldo de cuenta corriente: derecho de repetición del librado. Confesión judicial: indivisibilidad. Comentario a la S.T.S. de 19 de junio de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3789 y ss.

104. DE EIZAGUIRRE, José María: Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores. Comentario a la S.T.S. de 27 de diciembre de 1985, «R.D.B.B.», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 179 y ss.

105. GARCIA GONZALEZ, José Antonio: Letra de cambio. Falta de timbre adecuado. Privación del carácter ejecutivo. Título abstracto a favor del tercero tomador. Pacto de favor. Comentario a la S.T.S. de 21 de abril de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3611 y ss.

106. JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo: Acción causal y acción de enriquecimiento, «R.D.B.B.», núm. 25, enero-marzo 1987, pp. 7 y ss.

Tras algunas consideraciones sobre la funcionalidad de la abstracción cambiaria, el autor analiza las relaciones personales y las relaciones cambiarias, la incidencia de las obligaciones cambiarias sobre las relaciones subyacentes de las que trae causa, el sistema de la codificación española y algunas cuestiones que resultaban especialmente polémicas en la anterior regulación. Seguidamente, aborda la configuración de la acción causal en la Ley 19/1985, de 16 de julio y la incidencia de esta nueva ordenación sobre los supuestos de ejercicio de la citada acción, con especial referencia al supuesto de cesión de la provisión. El resto del trabajo lo dedica a la acción de enriquecimiento, como correctivo a las consecuencias extremas de la decadencia y la prescripción cambiaria: en esta parte estudia la acción de enriquecimiento en el Código de Comercio de 1885 y en el artículo 65 de la Ley cambiaria; el perjuicio y la prescripción como elementos integrantes del supuesto de su ejercicio; la naturaleza jurídica de la mencio-

nada acción; los legitimados pasivos frente a su ejercicio; el enriquecimiento injusto en perjuicio del tenedor; y, por último, la prescripción de la acción cambiaria.

6. DERECHO CONCURSAL

107. GARCIA PEREZ, Jacinto: Los gastos del concurso (deudas de la masa) en la ley belga, de 18 de abril de 1851, «La Ley», 14 de abril de 1987.

Un conocimiento adecuado de las coordenadas en que se desenvuelve la problemática de los gastos de Administración y de justicia dentro de los procesos concursales en Bélgica, es y supone tanto como el examen de la institución de las denominadas «deudas de la masa» en aquel país. El punto de partida ha de constituirlo forzosamente la interpretación de sus textos legales y, concretamente, la Ley de 18 de abril de 1851 «sur les faillites, banqueroutes et sursis». Esta Ley conforma el Libro III del Código de Comercio vigente en aquella nación, si bien ha de reseñarse la existencia de algunas modificaciones posteriores y, sobremanera, el proceso de reforma en este sector que está viviendo el reino belga.

108. JUSTE IRIBARREN, Miguel: Notas sobre la retroacción de la quiebra, «Actualidad Civil», núm. 18, 1987 (362), pp. 1121 y ss.

Estudio sobre la retroacción de la quiebra que aborda tres grandes cuestiones: en primer lugar, la retroacción absoluta del artículo 878 del Código de Comercio; en segundo lugar, las denominadas retroacciones parciales de los artículos 879 y ss. del mismo cuerpo legal; en tercer lugar, por último, los problemas que plantea el párrafo segundo del artículo 879, especialmente en su relación con las normas del Derecho hipotecario.

III. DERECHO URBANISTICO

109. BORREL CALONGE, Agustín: Dictamen para evaluar los perjuicios derivados del cumplimiento imposible de una sentencia firme, «R.D.U.», núm. 101, enero-febrero 1987, pp. 139 y ss.

110. CARRETERO PEREZ, Adolfo: La indemnización de cesiones obligatorias de terrenos según la Ley del Suelo. Comentario a la S.T.S. (5.^a), de 10 de febrero de 1986, «La Ley», 9 de abril de 1987.

111. FUENTES LOJO, Juan V.: Desistimiento de una expropiación de tipo urbanístico y condena de daños y perjuicios por tal motivo. Comentario a la S.T.S. (5.^a), de 18 de octubre de 1986, «R.J.C.», 1987, pp. 207 y ss.

112. GARCIA VEREDA, Antonio: Valoración de inmuebles de interés histórico-artístico, «R.D.U.», núm. 103, mayo-junio 1987, pp. 53 y ss.

Análisis de los posibles criterios de valoración de aquellos inmuebles de carácter histórico-artístico que por sus especiales características no son susceptibles de explotación comercial y, por lo tanto, no producen renta.

113. GONZALEZ-BERENGUER Y URRUTIA, José Luis: De nuevo sobre la Ley del Parlamento catalán por la que se suprime la corporación metropolitana de Barcelona, «R.D.U.», núm. 102, marzo-abril 1987, pp. 117 y ss.

Reflexiones críticas, centradas especialmente en los aspectos urbanísticos, sobre la Ley del Parlamento catalán a que se hace referencia en el título del trabajo.

114. LIAÑO BASCUÑANA, Lucio: Licencias urbanísticas y ondas hertzianas, «R.C.D.I.», núm. 579, marzo-abril 1987, pp. 413 y ss.

Como señala el autor, si las ondas hertzianas son las que se propagan por el espacio libre y el ejercicio del «ius aedificandi», sometido a la autorización previa municipal mediante la licencia urbanística, requiere precisamente de ese espacio para desarrollarse, es evidente que hay un conflicto: ¿A quién pertenece ese espacio?, ¿con qué derecho cuenta cada parte?, ¿debe prever la licencia urbanística la posibilidad de que en su ámbito estén incluidas las ondas hertzianas como un elemento más a tener en cuenta a la hora de edificar?, ¿o son, por el contrario, los productores de ondas hertzianas los que han de respetar las licencias urbanísticas? Estas y otras cuestiones se abordan en el estudio.

115. LOU GRAVALOS, Pilar: La expropiación urbanística. Inicio del cómputo de intereses de demora. Comentario a la S.T.S. de 2 de noviembre de 1982, «R.D.U.», núm. 103, mayo-junio 1987, pp. 63 y ss.

116. LLORENTE TALLADA, José Luis: Los costes de urbanización, «R.D.U.», núm. 101, enero-febrero 1987, pp. 13 y ss.

Los costes de urbanización que deben sufragar los propietarios del suelo y el porcentaje de costes de urbanización que debe sufragar la Administración, se están convirtiendo, según señala el autor, en una de las materias más debatidas por la doctrina, debido, sobre todo, a la indeterminada redacción de los textos legales. En el trabajo se estudia este tema, de importancia no meramente doctrinal, sino eminentemente práctica.

117. MORESCO SUAREZ, Angel: La protección y fomento del Patrimonio Histórico Artístico. Consideración especial de los aspectos tributarios, «R.D.U.», núm. 101, enero-febrero 1987, pp. 33 y ss.

Análisis de la normativa aplicable en los aspectos financiero y tributario a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Artístico, especialmente a los bienes inmuebles.

118. RICO LENZA, Juan: Comentario a la adaptación de la Ley del Suelo a Galicia, «R.D.U.», núm. 102, marzo-abril 1987, pp. 71 y ss.

Comentarios a la Ley de 29 de agosto de 1985 («B.O. de Galicia», núm. 165), centrados en los aspectos de la misma referidos a la planificación y gestión urbanística, y realizados, según su autor, desde una perspectiva técnica, sin entrar en campos de ámbito jurídico evidente.

119. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime: La suspensión del otorgamiento de las licencias de urbanismo: una aproximación histórica y jurisprudencial, «R.D.U.», núm. 102, marzo-abril 1987, pp. 13 y ss.

El trabajo, que se enmarca en una investigación más amplia sobre la funcionalidad de la suspensión en el Derecho Público, analiza los siguientes temas: aproximación a la teoría general de la suspensión del otorgamiento de las licencias de urbanismo; régimen jurídico de la suspensión en la Ley de 12 de mayo de 1956; la suspensión del otorgamiento de licencias en la Ley de 9 de abril de 1976; el nuevo régimen de la suspensión del otorgamiento de licencias: el artículo 8 del Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981; y, por último, la suspensión en la Ley y Reglamento de medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico de Cataluña.

120. SANCHEZ FERNANDEZ DE GATTA, Dionisio: La futura política ambiental de la Comunidad Europea, «R.D.U.», núm. 101, enero-febrero 1987, pp. 75 y ss.

Dentro del marco general del proceso de reforma de las instituciones europeas, en el trabajo se analiza, en primer lugar, la inclusión de la política ambiental en el Tratado de la C.E.E. y, en segundo lugar, el relanzamiento de la política ambiental comunitaria y la preparación del Cuarto Programa de Acción sobre el Medio Ambiente.

IV. DERECHO NOTARIAL

121. GOMEZ-MARTINEZ-FAERNA, Augusto: El crédito bancario y la función notarial, «La Ley», 3 julio 1987.

El trabajo examina el tema de la contratación bancaria y su formalización desde una perspectiva estrictamente jurídica, y analiza, igualmente, el papel de los notarios en la contratación en general y en los contratos bancarios de crédito, en particular.

122. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: La protección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito bancario, «Actualidad Civil», núm. 26, 1987 (517), pp. 1609 y ss.

En la última década, y aprovechando una nueva atmósfera liberalizadora de intervenciones públicas y de encasillamientos operativos, se ha desarrollado toda una rica gama de modalidades contractuales, especialmente en el decisivo campo de la financiación bancaria de la empresa. Este fenómeno, que en alguna ocasión se ha presentado como muestra clara de la riqueza de la libertad, da pie al autor para reflexionar sobre el marco real de la libertad (la seguridad, como base; la igualdad ante la ley, como presupuesto; la equidad, como condición) y las diferencias entre «garantías formales».

123. RAMOS OREA, Tomás: Deontología y hermenéutica: argumentos y aspectos en los artículos 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial, «R.D.N.», núm. CXXXII, abril-junio 1986, pp. 395 y ss.

El propio autor, en la parte dedicada a las conclusiones, resume las cuestiones abordadas en el trabajo en los siguientes términos: «en la parte primera, de desbroce propedéutico, justifico el inevitable componente de indeterminación que se aloja en

buena parte de las normas vivenciales. En la parte segunda entresaco del cuerpo del Reglamento Notarial algunos aspectos de los artículos 145, 147 y 216, objeto de nuestro interés. En la parte tercera especulo con la necesidad de que conceptos como los de «moral» «buenas costumbres», etc. posibiliten una acabada y fecunda fuente de interpretación, sobre todo en su concordancia operativa con la realidad social y jurídica. A continuación, intento calibrar la problemática de dichas nociones de «moral», «buenas costumbres», al ensamblarse con la praxis concreta del Derecho notarial. En la parte cuarta traigo el ejemplo de algún jurista cuyas aportaciones en el menester interpretativo (relativas a extremos concretos y cercanos a nuestra particular dedicación) nos parecen encarnar la búsqueda más decidida del verdadero espíritu de la norma. Ya en la parte quinta, el testimonio de dos grandes autoridades italianas ilustran un sugestivo corimbo de concepciones y categorías hermenéuticas.

V. DERECHO PROCESAL

124. ABARCA JUNCO, Iñigo: Extensión y límites de la jurisdicción internacional de los juzgados y tribunales españoles en el orden civil: la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y el Convenio de Bruselas sobre la jurisdicción en los órdenes civil y comercial, «La Ley», 27 de marzo de 1987.

A pesar de su importancia, tanto para los nacionales como para los extranjeros, el tema de la extensión y límites de la jurisdicción internacional de los juzgados y tribunales españoles no había sido objeto de una regulación sistemática dentro del ordenamiento jurídico español. La L.O.P.J. viene a completar esta carencia. En el trabajo se analiza la situación existente con anterioridad a la citada ley y se comentan las disposiciones más relevantes del nuevo texto legal sobre la materia. Igualmente, se comenta la reglamentación internacional derivada del Convenio de Bruselas de 1968, en la medida en que la incorporación de España a la C.E.E. supone su adhesión al mismo.

124 bis. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo y MANRIQUE LOPEZ, Fernando: Sobre el Auto del Tribunal Central de Trabajo de 21 de marzo de 1986, planteando cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «La Ley», 24 de marzo de 1987.

Comentario al Auto del T.C. de Trabajo de 21 de marzo de 1986, que planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la primera cuestión prejudicial que al amparo del artículo 117 del Tratado de Roma suscitaba un órgano judicial español. Para los autores, si se presta atención a la redacción de las preguntas que la jurisdicción nacional formula al Tribunal, se advierte —expresándose con ello el propósito de desbordar cualquier circunstancia doméstica o de entidad menor— el designio de referirlas a todos los casos en que la legislación de cualquiera de los países miembros, no solamente la española, pueda incurrir en *vicio de regresividad* al disciplinar aspectos determinados de Política Social.

125. BARDAJI GOMEZ, Luis: Sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, «La Ley», 24 de abril de 1987.

Trabajo que sirvió de base a la Consulta elevada por el Fiscal Jefe de Oviedo a la Fiscalía General del Estado, como consecuencia de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad por los gastos ocasionados a los Astilleros Keppel Shipyard de Singapur en la reparación del buque «Gran Felicity», propiedad de la compañía Grand T. Transport Inc. de Hong Kong. El juicio se tramitó ante el Juzgado de 1.ª Instancia, núm. 5 de Gijón, en cuyo puerto se encontraba surto el buque, sobre el que había trabado un embargo preventivo al amparo del artículo 7 del Convenio sobre embargo preventivo de buques de 10 de marzo de 1953. El Juez, en sentencia de 15 de abril de 1986, pese al dictamen contrario del Ministerio Fiscal, declaró de oficio su propia incompetencia para conocer de la demanda.

126. CALVO SANCHEZ, María del Carmen: El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento. Comentario a la S.T.S. de 9 de junio de 1986, «La Ley», 3 de marzo de 1987.

127. GENOVER HUGUET, Xavier: Comentario al Auto de al Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 31 de enero de 1986, «R.J.C.», 1987, pp. 237 y ss.

El Auto en cuestión viene a resolver un recurso de queja por inadmisión de apelación y plantea, en definitiva, la cuestión de la impugnabilidad de los Autos resolutorios de recursos de reposición contra providencias, a la luz de los artículos 376 y ss. de la L.E.C., después de la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

128. GUZMAN ZAPATER, Mónica: El lugar de ejecución de los contratos internacionales como criterio determinante de la competencia judicial internacional (Problemas particulares del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), «La Ley», 29 de mayo de 1987.

Comentario a la Sentencia del T.J.C.E. de 15 de enero de 1987, Asunto 266/85; «Shenavail»/«Kreischer».

129. LUCENA GONZALEZ, Pedro Antonio: Problemas derivados de la actuación en juicio (Especial estudio de la falta de legitimación y de la «exceptio plurium litisconsorcium»), (I), «Actualidad Civil», núm. 7, 1987 (128), pp. 409 y ss.; (II) «Actualidad Civil», núm. 8, 1987 (148), pp. 473 y ss.

Tras unas nociones preliminares, referidas especialmente a los sujetos de derecho sin personalidad y a la necesidad de abandonar la polémica sobre la acción, se analizan el interés para actuar en juicio y la excepción por falta de legitimación. A continuación, se estudia la figura del litisconsorcio: fundamento, tratamiento jurisprudencial y polémica sobre su necesidad a la hora de exigir el cumplimiento de las obligaciones solidarias. El trabajo finaliza con un epígrafe dedicado al tratamiento de la legitimación en sede de casación.

130. MARTIN ARRIBAS, Juan José: La cooperación de las jurisdicciones españolas con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «La Ley», 30 de junio de 1987.

Señala el autor en sus conclusiones, que el T.J.C.E. y las jurisdicciones nacionales, en virtud del denominado recurso prejudicial, están abocados a cooperar en la puesta en práctica del Derecho comunitario, de tal modo que aquellas jurisdicciones que resuelven en última instancia deben reenviar la cuestión que verse sobre Derecho comunitario al T.J.C.E., salvo cuando ya exista una jurisprudencia que haya resuelto una cuestión idéntica, cuando la respuesta no tenga incidencia alguna en la solución del litigio y, finalmente, cuando pueda aplicarse la teoría del acto claro.

131. MARTIN VILLA, Pascual: Sobre las ejecuciones judiciales, «R.J.C.», 1987, pp. 469 y ss.

El trabajo pretende, según su autor, sugerir la mejor utilización de los procedimientos legales existentes para asegurar, a lo largo de todo el pleito, la efectividad del crédito, del derecho al efectivo resarcimiento, para lograr así la plena tutela jurisdiccional que nuestro texto constitucional consagra en su artículo 24.

132. MONTON REDONDO, Alberto: Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial en las actuales competencias de los órganos jurisdiccionales, «La Ley», 30 de enero de 1987.

La promulgación de la L.O.P.J. plantea numerosas dudas interpretativas, especialmente en lo que se refiere al momento en que algunas de sus disposiciones han de entrar realmente en vigor. En el trabajo se aborda este problema, si bien circunscrito al conjunto de atribuciones que hoy, en este momento, tienen algunos órganos jurisdiccionales como consecuencia de la nueva ley y que no tenían con anterioridad a la misma.

133. MORENO CATENA, Victor: Incongruencia en caso de acumulación subjetiva de acciones. Renuncia a la acción por transacción extrajudicial y desistimiento del recurso de apelación de algunos recurrentes. Interpretación de cláusulas contractuales. Comentario a la S.T.S. de 21 de marzo de 1986, «C.C.J.C.», núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3591 y ss.

134. MUÑOZ SABATE, Luis: Las medidas cautelares en la Ley de Patentes, «La Ley», 20 de febrero de 1987.

Para el autor, la regulación que la nueva Ley de Patentes hace de las medidas cautelares, constituye un fenómeno exponencial elevado a la hipérbola de dos tipos de carencia jurídicas: a) la falta de rigor metodológico del legislador español, con reiteradas tendencias a la improvisación; b) la tan prolongada ausencia de un sistema general de medidas cautelares que sirva para todo tipo de procesos y evite la inseguridad jurídica que plantean estas improvisaciones.

135. MUÑOZ SABATE, LI.: La casación española: la corrección a un agravio hiperformalista, «R.J.C.», 1987, pp. 227 y ss.

A la luz de dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, se analizan el denominado rigor formal de la casación y la interpretación de la disposición transitoria 2.^a de la Ley 34/1984 de reforma de la L.E.C.

136. MUÑOZ SABATE, LI.: Riesgos y posible inconstitucionalidad del artículo 8 de la L.E.C. sobre jura de cuentas de unos honorarios de abogado de 5 millones de pesetas pagados por su Procurador. Comentario al Auto de la Audiencia Territorial de Sevilla de 1 de octubre de 1985, «R.J.C.», 1987, pp. 541 y ss.

137. RODES, Juan: Solicitud de ejecución provisional por la parte actora apelante de la sentencia de Primera Instancia estimatoria en parte (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Valencia de 13 de junio de 1986), «R.J.C.», 1987, pp. 481 y ss.

138. SEGOVIA LOPEZ, Lluís: La condena en costas y el allanamiento, «La Ley», 17 de febrero de 1987.

Reflexiones sobre la condena en costas, especialmente en el caso de allanamiento previo, a la luz de las nuevas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la materia.

139. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: La Convención de la Conferencia de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías, «La Ley», 22 de mayo de 1987.

Estudio sobre los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y sobre el derecho convencional firmado y ratificado por España, seguido de la traducción, realizada por el autor, del texto de la Convención a que hace referencia el título del trabajo.

CLAVES DE ABREVIATURAS DE LAS REVISTAS RESEÑADAS

- C.C.J.C. = Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
 R.C.D.I. = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
 R.D.B.B. = Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
 R.D.M. = Revista de Derecho Mercantil.
 R.D.N. = Revista de Derecho Notarial.
 R.D.P. = Revista de Derecho Privado.
 R.D.U. = Revista de Derecho Urbanístico.
 R.G.L.J. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
 R.J.C. = Revista Jurídica de Catalunya.
 Actualidad Civil.
 LA LEY.
 PODER JUDICIAL.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias comentadas

PRETERICION, DERECHO INTERTEMPORAL Y CONSTITUCION ESPAÑOLA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986)

SUMARIO: I. La sentencia.—II. El concepto de preterición en el Código civil.—III Ambito de la preterición dentro de los límites del parentesco.—IV. La disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981.—V. ¿Atribuyen los artículos 14 y 39 de la Constitución la condición de legitimarios a los hijos no matrimoniales del testador?—VI. La aplicación retroactiva del nuevo artículo 814 del Código civil.

I. El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad. Del propio tenor de sus fundamentos jurídicos resultan con claridad los hechos:

1. En el proceso del que este recurso dimana y en el que el actor, hoy recurrente, solicitó se declarase la existencia de una preterición en su perjuicio, como hijo y heredero de su padre don J. C. C., y, en su consecuencia, la reducción de la institución de herederos, conforme al artículo 814 del Código civil, deben destacarse los siguientes hechos básicos reconocidos por las partes y aceptados explícita o implícitamente por la sentencia recurrida: 1.º Don J. C. C. contrajo matrimonio el 30 de noviembre de 1934 con doña B. A., de cuyo matrimonio nacieron tres hijos, los demandantes don J., doña R., y doña P.C.A. 2.º Vigente dicho matrimonio, y de relaciones extramatrimoniales habidas entre don J. C. C. y doña

A.M.B., nació en Barcelona, el día 15 de febrero de 1957, el actor, hoy recurrente, don J. C. M., inscribiéndose dicho nacimiento en el Registro civil, en virtud de declaración de dicho padre como hijo ilegítimo suyo y de doña A. M. 3.º Fallecida la citada esposa, doña B. A., el 6 de abril de 1973, el viudo, don J. C. C., y doña A. M. P. contrajeron matrimonio el 11 de octubre del mismo año. 4.º El Sr. C. C. falleció el 31 de enero de 1979, bajo testamento abierto, otorgado el 5 de octubre de 1977, en el que instituía herederos a sus tres hijos legítimos habidos de su primer matrimonio, los hoy recurridos, sin hacer referencia alguna a don J. C. M., hoy recurrente. 5.º La sentencia del Juzgado estimó la demanda, declarando la preterición del actor, sentencia que fue revocada por la dictada en apelación.

2. La sentencia de la Audiencia aquí recurrida, partiendo del supuesto de que la Constitución española «... contiene mandatos y principios que han de ser aplicados inexorablemente desde su entrada en vigor, pues se refieren a derechos reconocidos o garantizados en el primer texto legal», entiende, sin embargo, que «... hay otros derechos que solamente pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior...», entre los cuales se incluyen los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39), por lo que argumenta que si la apertura de la sucesión se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 C.c.), si la Ley 11/81, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, ordena en su Disposición Transitoria 8.ª que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se registrarán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», es claro, concluye, que en el presente caso, por haberse producido la apertura de la sucesión de don J. C. C. el día de su fallecimiento, ocurrido el 31 de enero de 1979, cuando no regía la modificación introducida por la citada Ley 11/81 y, por tanto, cuando el hijo habido fuera del matrimonio de quien estaba casado tenía la cualidad de ilegítimo no natural, con derecho únicamente a alimentos, no puede hablarse en ningún supuesto de preterición, en cuanto al actor, como tal hijo ilegítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en el caudal relicto, conclusión que llevaba aparejada la desestimación de la pretensión actuada.

3. Frente a dicha sentencia se formula el presente recurso, desarrollado en diez motivos, el cuarto de ellos de examen preferente por imperativo del principio de jerarquía normativa, en cuanto con apoyo en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal denuncia la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española en conexión con el apartado 3 de su Disposición Derogatoria y repetidas Sentencias del Tribunal Constitucional, requiere para su adecuado examen y decisión sentar las siguientes premisas básicas: a) La Constitución, como norma suprema del Ordenamiento jurídico español, es vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos en el momento de su entrada en vigor (art. 9.º), y si bien los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 39 a 52, aun cuando deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3), sin embargo, los

derechos proclamados en los artículos 14 a 38 son de aplicación directa e inmediata, sin perjuicio de que un posterior desarrollo legislativo pueda regular su ejercicio (art. 53.1). b) Consecuentemente, el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento que proclama el artículo 14 de dicho texto fundamental rige desde la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978 y, por tanto, los preceptos del Código civil que trataban desigualmente a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por estar basados en principios discriminatorios por razón de origen, quedaron sin eficacia por imperativo de la Disposición Derogatoria 3.ª de dicha norma fundamental, que declara expresamente derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo en ella establecido por inconstitucionalidad sobrevenida.

4. En aplicación de tales premisas debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 C.c.), y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución, y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada Disposición Derogatoria 3.ª, quedaron sin efectos los preceptos del Código civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial, y entre ellos los que calificaban de nacido fuera del matrimonio del padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo 4.º, en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y, por tanto, niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidades aparecidas desde la entrada en vigor de la Constitución.

5. Como quiera que en el testamento otorgado por el causante el 5 de octubre de 1977, en el que instituyó herederos a los tres hijos matrimoniales, los hoy recurridos, resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento, es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido, respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador, que es lo que estableció la sentencia del Juzgado revocada por la dictada en apelación y objeto del presente recurso».

II. La figura de la preterición no representa sino la protección o tutela que el Ordenamiento jurídico dispensa a la legítima formal. Referida esta afirmación, en general, a cualquier sistema jurídico, sólo hasta ahí se puede llegar, por causa de la variedad que los deberes formales relacionados con las legítimas presentan tanto en los diversos derechos históricos como en el derecho comparado (1).

(1) Teniendo presente tal diversidad, señala VALLET DE GOYISOLO: *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), tomo XI, arts. 806 a 857 C.c., 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 164 y ss., los siguientes conceptos

En el Código civil, la preterición ha venido siempre regulada en el artículo 814, con sucesivas redacciones. Tal precepto, sin embargo, nunca ha contenido un concepto de preterición, sino que siempre se ha limitado, sencillamente, a determinar los efectos de la misma.

Parece claro, no obstante, que el Código desechó desde un principio el concepto romano de preterición, consistente en no instituir heredero ni desheredar formalmente al legitimario (2). Así se deduce, si no del artículo 814, sí de otros preceptos: concretamente, de los artículos 851 y 815. Del primero, al incluir en el concepto de desheredación injusta la «desheredación hecha sin expresión de causa»; y del segundo, porque elimina el antiguo requisito según el cual la legítima había de dejarse a título de herencia al referirse a la acción de suplemento de legítima, otorgando legitimación para ejercitarla al «heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos que la legítima que le corresponda»: incluso quienes han defendido la tesis de que el legitimario es siempre heredero, nunca han pretendido sostener la persistencia del antiguo requisito formal de que en el testamento fueran instituidos herederos los legitimarios del causante (3).

Esta conclusión despeja algo el camino para alcanzar el concepto de la preterición en el artículo 814 del Código civil, pero aún queda dicha noción sin delimitar.

A tal fin, me parece de gran utilidad recurrir a la distinción acuñada por la pandectística entre «legítima formal» y «legítima material». De este modo, las posiciones mantenidas por la doctrina científica podrían sistematizarse del modo siguiente:

1.º Algún sector de la doctrina entiende por preterición la mera tutela de la legítima formal. Así, para Sanz Fernández (4), González Palomino (5) y García Bernardo (6), entre otros autores, para que no exista preterición basta con que haya mención del legitimario en el testamento. Como dice el segundo de los autores citados, la base exclusiva y suficiente para la acción impugnativa del legitimario preterido es su omisión en el testamento, porque no es obligación del testador atribuir en su testamento beneficio alguno al legitimario, cuyo derecho no deriva del testamento, sino de la ley (7).

o supuestos de preterición: 1.º Que el legitimario no hubiera sido instituido heredero ni desheredado formalmente, aun cuando para esa desheredación formal no se requiera causa alguna. 2.º Que el legitimario no recibiera nada del causante por disposición testamentaria (o, en algún sistema, tampoco por disposición extratestamentaria o por cualquier acto a título lucrativo), ni se le hubiese excluido expresamente o —en varios sistemas— apartado formalmente en el caso de no recibir nada real y efectivo. 3.º Que el legitimario no hubiera sido ni siquiera mencionado, ya sea individual o bien de modo genérico, según los supuestos y sistemas.

(2) Sobre la preterición en Derecho romano, por todos, D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, pp. 320 y ss.

(3) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

(4) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 142 y ss. En su opinión, es necesario que en el testamento sean mencionados todos los legitimarios, pero no es preciso que sean instituidos en parte de la herencia.

(5) *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Madrid, 1964, p. 246.

(6) *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, ADC (1969), p. 347: no hay preterición cuando se menciona al legitimario en el testamento y el testador se limita a imputar a la legítima del donatario una donación y reconoce en el testamento la imputación.

(7) *Op. y loc. cit.* Del análisis de la jurisprudencia se llega a la conclusión de que ésta es la tesis preferentemente sostenida por el Tribunal Supremo: preterición

2.º Para otro sector doctrinal, situado en el extremo opuesto, la legítima material absorbe a la formal, esto es, para que no haya preterición basta con que el legitimario haya sido favorecido con una atribución imputable a la legítima, siendo, en tal caso, indiferente, que se le mencione o no en el testamento. Corresponde esta opinión a la doctrina más próxima a la publicación del Código civil: la defendieron Manresa (8), Valverde (9) y Falcon (10), entre otros.

Como, explicando esta posición doctrinal, escribe Lacruz (11), en favor de que no hay preterición cuando el omitido en el testamento ha recibido donaciones

equivale, en el Código civil, a omisión o no mención de un legitimario en el testamento. Así, la Sentencia de 17 de junio de 1908 estimó que hay preterición cuando no se menciona en el testamento a un descendiente, aunque haya recibido éste donaciones *inter vivos* con el carácter de anticipo de legítima. Señaló en esta Sentencia el Tribunal Supremo como *ratio legis* del artículo 814 del Código la de no dejar «en sombras y oscuridades de la duda» la voluntad del testador en caso de preterición, «que puede ser debida a ignorancia de que existieran u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce a los herederos forzosos, «supuestos todos que desvirtúan la fuerza moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión». Y concluyó, tajantemente, que «es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tienen que resultar es en el expresado testamento, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia con acto alguno de los realizados entre vivos». Recientemente, se ha ocupado de la preterición en el Código civil la Sentencia de 20 de febrero de 1981. Comentando esta decisión del Tribunal Supremo, opina COBACHO —*Notas sobre la preterición*, «RDP» (1986), p. 407— que la misma se aparta de la doctrina sentada en la de 17 de junio de 1908, por cuanto en ella se afirma que «el heredero forzoso como el recurrente, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido y sólo puede reclamar se complete su legítima al amparo del artículo 815». En mi opinión, sin embargo, no es así: en esta sentencia la pretensión del actor era que se declarase la nulidad de la cláusula contenida en el testamento de su madre, a cuyo tenor «nada lega a su hijo Teodoro por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría», alegando a tal efecto que la misma suponía una desheredación tácita. El Tribunal Supremo niega la existencia de desheredación en este caso y analiza el otro supuesto posible, la preterición, llegando a la conclusión de que no se ha «producido tampoco la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, *al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento*». Este supuesto —prosigue el razonamiento del Supremo— «ha de analizarse si contrariamente a lo que la testadora afirma, y el recurrente niega, hubo la entrega de bienes en la cuantía que en la cláusula primera del testamento se indica o sí, al menos, hubo alguna donación, aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle»: y como quiera que esto último es lo que ocurre, afirma, lógicamente, que la única acción que compete al actor recurrente es la de complemento de legítima. En consecuencia, pues, pienso que la aseveración del Supremo que alega Cobacho, pese a su literalidad, significa que, no pudiéndose en el caso concreto considerar desheredado ni preterido al heredero forzoso, es obvio que no puede pedir la nulidad del testamento; sino que, como quiera que recibió en vida donaciones colacionables, sólo puede reclamar que se complete su legítima. La tesis de esta sentencia coincide, pues, con la doctrina sentada en la de 17 de junio de 1908: la donación no sirve para satisfacer la legítima formal; lo que ocurre es que, en el caso de autos, aquélla se satisfizo y, por consiguiente, no hubo preterición, por cuanto se mencionó en el testamento al legitimario, precisamente con ocasión de poner de manifiesto el hecho de que éste ya había sido favorecido con donaciones colacionables en vida de la testadora.

(8) *Código Civil español*, VI, Madrid, 1951, p. 437.

(9) *Tratado de Derecho Civil español*, V, Madrid, 1939, p. 311.

(10) *El Derecho Civil español, común y foral*, III, Madrid, 1902, p. 239.

(11) *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 519.

del causante de las llamadas colacionables, cabe alegar el aspecto de «sanción contra el olvido» que tiene el tratamiento legal de la omisión de legitimario. La satisfacción de la legítima —o, incluso, el haber pagado sólo una parte de ella—, mediante donaciones, excluye, a la vez, el olvido y la desheredación total. Imponer entonces al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un *plus* inútil e irracional, un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada.

3.º Por último, un amplio sector doctrinal considera hoy fundidas la legítima formal y la legítima material, aunque ambos aspectos sean distinguibles conceptualmente, primando en la noción de preterición el segundo. De este modo, será necesario para que no haya preterición que el legitimario haya recibido algo, además de que haya sido mencionado en el testamento.

Dentro de esta tesis cabe, a su vez, distinguir dos posturas:

a) La de quienes —como Albadalejo (12), Díez Picazo y Gullón (13), Puig Brutau (14), Cobacho (15) y otros— entienden que es indiferente que lo recibido lo sea *inter vivos* o *mortis causa*.

b) La de quienes, por el contrario, opinan que tal atribución ha de ser hecha precisamente en el testamento, a título de heredero o legatario (16).

Sin duda, la tesis más extendida hoy en la doctrina científica es la primera de las dos últimas que he mencionado. Según ella, para estar ante un supuesto de preterición es necesario que concurra que el legitimario no haya recibido nada, ni *intervivos* ni *mortis causa* y, además, que no se le haya mencionado en el testamento. Pues si recibió algo deberá actuar conforme al artículo 815 y pedir el complemento de legítima, aunque no se le mencione en el testamento; si se la menciona sin atribución alguna se estaría ante un supuesto de desheredación con las consecuencias establecidas en el artículo 851.

El punto de partida de esta opinión doctrinal es, por supuesto, que la preterición es omisión de un heredero forzoso del testamento, su no mención. Pero, como escriben Díez Picazo y Gullón (17), esa ausencia no debe ser exclusivamente formal, sino también sustancial. No basta con que el heredero forzoso aparezca mencionado en el testamento para evitar la preterición, sino que es necesario que de él obtenga beneficios sucesorios, sean mayores o menores de lo que le corresponde por legítima.

Por otra parte, que la atribución puede ser también por acto *intervivos* se fundamenta por estos autores en que, si el legitimario ha recibido donación del testador, es evidente que éste está cumpliendo con su deber de satisfacer su legítima.

(12) *Curso de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1982, pp. 384 y ss.

(13) *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1983, p. 589.

(14) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3, Barcelona, 1984, p. 173.

(15) *Notas sobre la preterición*, «R.D.P.», 1986, pp. 407 y ss.

(16) Así, para ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Madrid, 1951, p. 243, se produce preterición, aun existiendo mención del legitimario en el testamento, cuando tal mención se realice con fines distintos del de asignarle alguna participación en los bienes, como en el caso de que el testador mencione a todos sus hijos al reseñar sus circunstancias personales, pero omita luego toda mención de uno de ellos al asignar sus bienes. Para DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, III, Madrid, 1932, p. 231, en opinión similar, aunque se mencionase al heredero forzoso en el testamento, si nada se le dejase en él por cualquier título de heredero o legatario, habría preterición.

(17) *Sistema*, *cit.*, p. 589.

Es ilógico entonces —dicen Díez Picazo y Gullón (18)— que se considere preterido al legitimario cuando lo primero que tendría que hacer de triunfar su pretensión es realizar la imputación a su legítima de lo percibido en vida del testador.

En cualquier caso, y sea cual sea la tesis que se admita, parece claro que, en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia objeto de este comentario y siempre que se considere que el hijo no matrimonial del testador era legitimario, existió preterición: dicho hijo no matrimonial no fue mencionado en el testamento de su padre y, al parecer, no había sido favorecido por éste con una atribución imputable a la legítima (19).

III. Esto sentado, el problema que se planteaba al Juzgador era, en definitiva, el de dilucidar si el hijo no matrimonial del testador era o no legitimario en el momento en que se produjo la apertura de la sucesión, esto es, el 31 de enero de 1979: vigente ya, por tanto, la Constitución española, pero antes de haber sido modificado el Código civil por la Ley 13 de mayo de 1981.

Tanto antes como después de la aprobación de tal ley, el artículo 814 habla simplemente de herederos forzosos o de herederos forzosos preteridos. Sin embargo, el artículo 807 del Código, al relacionar tales herederos forzosos, incluía, antes de la reforma de 1981, exclusivamente a los hijos legítimos.

La nueva redacción del artículo 807 incluye, en cambio, entre los herederos forzosos a los hijos, descendientes y ascendientes no matrimoniales. Es claro, pues, que la preterición, en sus respectivos casos, alcanza tanto a los hijos, los descendientes y ascendientes matrimoniales como a los no matrimoniales. Y lo mismo cabe decir de los adoptados plenamente, pues según el nuevo artículo 179 del Código, «el hijo adoptivo o sus descendientes ocuparán la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes» y «los adoptantes ocuparán la sucesión del hijo adoptivo y sus descendientes la posición de los ascendientes», todo lo cual no viene a ser sino una especificación sucesoria de las reglas generales contenidas en los dos primeros párrafos del artículo 176 (20).

Tal modificación legislativa es consecuencia directa de lo dispuesto en los artí-

(18) *Sistema, cit.*, p. 590.

(19) La sentencia ni siquiera entra a analizar si el hijo o no matrimonial había sido o no favorecido por el testador con una atribución imputable a la legítima. Parece, por ello, que más bien participa del concepto de preterición propugnado por la sentencia de 17 de junio de 1908.

(20) En cambio, como quiera que, según el párrafo 2.º del mismo artículo 179, los parientes por naturaleza no ostentan derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, no pueden entenderse aquellos preteridos por éste en ningún caso. No parece, sin embargo, que ocurra lo mismo en el caso contrario, pues el Código (art. 178 *in fine*, art. 179) insiste en la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado plenamente y sus parientes por naturaleza, pero en ningún momento predica tal criterio de dichos parientes respecto al adoptado. Por otra parte, según el nuevo art. 180, en su párrafo 3.º, en la adopción simple «adoptados y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas», por lo que es evidente que nunca habrá preterición entre adoptado y adoptante, en la adopción simple. Las conclusiones que anteceden sobre la adopción plena serán aplicables, en general, a la adopción que se prevé en el Proyecto de Ley sobre modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, actualmente en trámite en las Cortes Generales (cfr. «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados», núm. 22-1, de 4 de febrero de 1987), en el que desaparece la distinción entre adopción plena y adopción simple.

culos 14 y 39 de la Constitución, que consagran el principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación y que son, precisamente, los que fundamentan el fallo de la sentencia que es objeto de este comentario.

IV. Sin entrar, por el momento, en los problemas que el valor normativo y la vigencia inmediata de la Constitución plantean, y a los que luego me referiré, es claro que la simple modificación operada, por lo que aquí interesa, en materia de preterición por la ley de 13 de mayo de 1981, planteaba por sí misma un problema de Derecho transitorio que fue resuelto por la disposición transitoria 8.^a de la misma, estableciendo una regla similar a la contenida en la doce de las transitorias del Código civil: «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación».

En el supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario había tenido lugar la apertura de la sucesión, que se produce en la fecha de la muerte del causante (art. 657 C.c.), el 31 de enero de 1979: antes, por tanto, de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981, pero después de vigente la Constitución española de 1978. Parece, pues, que la sucesión había de regirse por el Código civil en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, resultando, a primera vista, impecable la argumentación de la Audiencia: cuando se produce la apertura de la sucesión no podía hablarse en ningún caso de preterición, en cuanto el actor, hijo legítimo no natural del causante, no tenía derechos hereditarios en el caudal relicto.

No obstante, tal corrección argumental es más aparente que real. Hace bien, sin duda, la Audiencia trayendo a colación la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, pero yerra, a mi juicio, en su interpretación. Por el contrario, el Tribunal Supremo soslaya también inadecuadamente la aplicación de la transitoria citada, que era Derecho vigente y debía de haber aplicado o, caso de haber dudado de su validez, por estimar que la aplicación de la misma llevaba un resultado contrario a la Constitución, debía haber planteado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en la medida que «sólo el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales para juzgar sobre la adecuación a la Constitución de las leyes anteriores a ésta y de la *competencia igualmente exclusiva del Tribunal Constitucional para invalidar, en su caso, las posteriores, como obra de un poder vinculado por la Constitución*, ofrece un criterio claro e inequívoco» que permita «establecer un sistema de división de competencias ante el Tribunal Constitucional y los órganos del Poder Judicial para declarar qué leyes han quedado derogadas por la Constitución y cuáles no» (STC 2 de febrero de 1981).

De este modo, la solución pasa por una interpretación, adecuada a la Constitución, de la citada disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya aplicación, en cuanto Derecho inequívocamente vigente y postconstitucional, no cabía omitir. En tal sentido, a mi juicio, la clave no era sino determinar cuál era la norma exactamente aplicable a la sucesión controvertida en el momento mismo de fallecer el causante, esto es, la «legislación anterior» a que se remite la transitoria. Y tal legislación no podía ser otra que el Código civil en la redacción entonces vigente con las modificaciones que la Constitución hubiese introducido en el mismo, en cuanto norma de aplicación inmediata y directa. De este modo, por lo que aquí interesa, todo estribaba en dilucidar si el texto fundamental de 1978 convirtió en legitimarios a los hijos no matrimoniales.

V. La proclamación por la Constitución española de 1978 del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley; sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14), de modo que todos los hijos son iguales ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2), obligaba al legislador ordinario a modificar prontamente los preceptos del Código que habían devenido inconstitucionales por discriminar a los hijos según su clase de filiación, a fin de adaptarlos al texto constitucional.

Pero, por otra parte, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 2 de febrero de 1981, 1 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1982) como la más reciente (21) del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1984, 4 de abril de 1984 y 12 de julio de 1985) considera al artículo 39.2 de la Constitución como una especificación o concreción del principio general de igualdad proclamado en el artículo 14, de modo que a la igualdad de los hijos ante la ley le resulta de plena aplicación la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional sobre el valor normativo de este último precepto: «que la Constitución es precisamente éso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1., donde se dice que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero sí es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la Constitución española, no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componente del capítulo II del título I, pues el párrafo 1.º del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo vinculan a todos los poderes públicos» (STC de 20 de diciembre de 1982, expresiva de una tendencia absolutamente reiterada). Por consiguiente, las normas del Código civil que, al entrar en vigor la Constitución, se opusiesen frontalmente al principio de no discriminación de los hijos por razón de nacimiento deben considerarse, desde tal momento, derogadas.

¿Significa esto la derogación por la Constitución del artículo 807 del Código civil en su integridad?

Obviamente no: como tiene declarado el propio Tribunal Constitucional, «la inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales —aun en el supuesto de que respondan a principio diversos— no puedan interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma. Esta interpre-

(21) Como es sabido, el Tribunal Supremo, en las primeras resoluciones dictadas en materia de filiación tras la entrada en vigor de la Constitución (asi, en el auto de 26 de noviembre de 1979 y en las sentencias de 8 de mayo de 1981 y 8 de abril de 1982), consideró debían entenderse vigentes y operativas las normas del Código no acordes con la Constitución mientras aquéllas no fuesen objeto de modificación por el legislador ordinario, al otorgar a las normas constitucionales —en particular al art. 39.2 en su relación con el 53.3.º— un mero valor programático.

tación, de conformidad con la Constitución, es una consecuencia de su doble carácter de ley posterior y de ley superior, y responde además a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento (STC 2 de febrero de 1981). De ahí que deba estimarse que el artículo 807 del Código civil resultó simplemente modificado por la Constitución, y no íntegramente derogado. Tal modificación supuso sencillamente una interpretación conforme con la Constitución de dicho precepto, de manera que, si bien es cierto que la existencia o no de legitimarios es una cuestión de legalidad ordinaria que nada tiene que ver con los preceptos constitucionales, no cabe duda de que el aludido principio de conservación del ordenamiento preconstitucional obligaba a considerar incluidos en su tenor literal también a los hijos no matrimoniales, los cuales, de otro modo, resultarían discriminados, efecto que es, precisamente, el prohibido por los artículos 14 y 39 de la Constitución (22). Por otra vía indirecta cabe concluir, entonces, que los artículos 14 y 39 de la norma fundamental convierten en legitimarios a los hijos no matrimoniales del causante.

La conclusión de cuanto antecede es que la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, al afirmar la aplicación en este supuesto de la «legislación anterior», se remite a la normativa vigente en el momento de abrirse la sucesión, esto es, en el caso de autos, el 31 de enero de 1979: en concreto, a los artículos 807 y 814 del Código civil en la redacción entonces vigente, interpretados de conformidad con la Constitución.

VI. Ello sentado, acierta plenamente, a mi juicio, el Tribunal Supremo, cuando afirma que «resultó preterido el actor recurrente al devenir heredero forzoso a partir de la vigencia de la Constitución, derogatoria de las disposiciones discriminatorias por razón de nacimiento».

En cambio, resulta sorprendente la conclusión del propio Tribunal Supremo, el cual, pasando por encima de la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981, entiende que «es manifiesto que a tenor del artículo 814 del Código civil debe reducirse la indicada institución de herederos para dejar a salvo la legítima del preterido, respetándose en todo lo demás lo ordenado por el testador». Porque, obviamente, la norma que debió ser aplicada era el artículo 814 en su redacción anterior a 1981 (la recibida por Ley de 24 de abril de 1958) y, en consecuencia, declarar la anulación de la institución de heredero, valiendo las mandas y mejoras en cuanto no fuesen inoficiosas.

(22) Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su importante sentencia de 10 de noviembre de 1981, «el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye, además, a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). *Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución*; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable». No pudiéndose, obviamente, apreciar tal racionalidad cuando el resultado de la norma «vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, núms. 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad)»: por lo que aquí interesa, *contra el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación.*

La explicación de tal actitud del Tribunal Supremo debe buscarse, sin duda, en la no previsión en el artículo 814 del Código civil, en la redacción de 1958 —como tampoco en la originaria—, de una regla específica para la preterición intencional.

En efecto: el defecto en que incurría el Código, al decir unánime de la doctrina científica, era no distinguir —a diferencia de otros Códigos civiles, como el austríaco, el alemán o el italiano— entre los efectos de la preterición intencional y los de la preterición errónea, omisión que ha subsanado la Ley de 13 de mayo de 1981.

La preterición intencional es aquella que se produce a sabiendas de que existe un heredero forzoso al que deliberadamente no se incluye en el testamento por cualquier motivo. La preterición errónea, que el Código denomina no intencional, tiene lugar por error, olvido o falta de previsión del testador.

No cabe duda de que entre ambas clases de preterición debe haber una distinción de efectos jurídicos. Como escribió antes de la reforma de 1981 Puig Brutau, «cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical» (23).

El nuevo artículo 814 del Código ha recogido, al menos en parte, las propuestas formuladas por la doctrina y distingue ahora entre una regla general, aplicable a la preterición intencional en todo caso y a la no intencional del cónyuge o de los ascendientes (párrafo 1.º del artículo 814, y unas reglas especiales aplicables a la preterición no intencional de hijos y descendientes, distinguiendo aquí, a su vez, entre la preterición de todos los hijos y descendientes y la de sólo algunos de ellos.

Así, el párrafo 1.º del artículo 814 se ocupa, por lo pronto y aunque no lo diga expresamente, de la preterición intencional. A su tenor, «la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Esta norma es igualmente aplicable a la preterición no intencional del cónyuge o de los descendientes (24).

(23) *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3, Barcelona, 1977, p. 215.

(24) En contra BOLAS ALFONSO: *La preterición tras la reforma del 13 de mayo de 1981*, «A.A.M.N.», XXV, 1982, p. 227, ha sostenido que tal preterición debe resolverse acudiendo al art. 767 (expresión de causa falsa en la institución de heredero o nombramiento de legatario) y no al 814: habría, así, que partir de lo expresado en el testamento para averiguar si el hecho sobre el que recae el error, la existencia del cónyuge o ascendiente, fue determinante de la voluntad del testador. Probado el error y su carácter determinante, la disposición testamentaria afectada habrá de declararse ineficaz y procederá, en su caso, la apertura de la sucesión intestada a favor del ascendiente o cónyuge. Parte, sin embargo, esta tesis de la, a mi juicio, errónea consideración de que el párrafo primero del artículo 814 regula sólo la preterición intencional, ocupándose el segundo párrafo sólo de la no intencional de los hijos o descendientes, con lo que quedaría fuera de su ámbito de aplicación la preterición no intencional del cónyuge o de los ascendientes del testador. En mi opinión es, por el contrario, claro que el párrafo 1.º del art. 814 contiene una regla general que sólo

Cuando hay preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, el Código establece la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

Finalmente, cuando los preteridos no sean todos los hijos o descendientes, sino sólo alguno o algunos de ellos, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. Lo que antes de la reforma de 1981 era regla general queda, así, circunscrito a la preterición no intencional de alguno o algunos de los hijos o descendientes.

Parece claro que el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, ante la evidencia de ser intencional la preterición del hijo no matrimonial, procedió a solventar el defecto señalado por la doctrina científica en el derogado artículo 814, aplicando retroactivamente, con infracción de la disposición transitoria 8.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, tal precepto en la redacción recibida por esta última ley.

Sin dudar de la justicia intrínseca de tal solución, no cabe sino constatar su incorrección formal. La disposición transitoria 8.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 demandaba la aplicación de la norma derogada, puesto que la apertura de la sucesión había tenido lugar antes de entrar en vigor la nueva normativa; sin que, en este punto, la solución adoptada encuentre apoyo alguno en la Constitución (que se limita a garantizar «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»: artículo 9.3) sino, más bien, rechaza constitucionalmente en cuanto contraría al principio de legalidad. En todo caso, la argumentación del Tribunal Supremo en relación con la vigencia inmediata de los artículos 14 y 39 de la Constitución podía servir —como sirvió— para considerar preterido al hijo no matrimonial del causante; pero en modo alguno puede alegarse la infracción de tal principio de igualdad por haberse dado un supuesto de sucesión de normas, pues —como tiene declarado el Tribunal Constitucional— el diferente tratamiento temporal de situaciones iguales derivado de la modificación normativa «no puede reputarse equivalente a una neta consideración distinta de situaciones iguales, sin más motivación o circunstancias determinadas que la diferencia de fecha en el momento de producirse esas situaciones» (Sentencia de 26 de julio de 1983; también, Sentencia de 12 de diciembre de 1984), ya que admitir tan erróneo planteamiento supondría la patrifación del ordenamiento. Finalmente, conviene hacer notar que la aplicación retroactiva del artículo 814 del Código Civil, en la redacción recibida por Ley de 13 de mayo de 1981, operada por la sentencia objeto de este comentario, no encuentra ningún apoyo en la doctrina de la retroactividad implícita que el Tribunal Constitucional, recordando alguna sentencia anterior del Tribunal Supremo, ha circunscrito a aquéllas «disposiciones que condenen como incompatibles a sus fines morales y sociales situaciones anteriormente constituidas, a otras que tengan como

tiene una excepción en el caso de la preterición no intencional de hijos o descendientes (excepción en la regulación legal: no, desde luego, en la práctica). De este modo, no cabe sino concluir que el párrafo 1.º es aplicable siempre a la preterición intencional, pero también lo es a la no intencional de legitimarios no contemplados en el párrafo 2.º; en concreto, del cónyuge y de los ascendientes del testador. En el mismo sentido, se manifiesta COBACHO: *Notas sobre la preterición, cit.*, p. 413.

objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndole efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta» (Sentencia de 31 de marzo de 1981); circunstancias que, como es obvio, no concurren en el nuevo régimen que para los efectos de la preterición ha establecido la Ley de 13 de mayo de 1981.

PEDRO DE PABLO CONTRERAS

Profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza

EN TORNO A LA ENFERMEDAD MENTAL FÁSICA COMO CAUSA DE INCAPACITACION: REGIMEN Y CONSECUENCIAS

(Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1986)

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. Alternancia entre períodos lúcidos y críticos de la enfermedad mental y causas de incapacitación: a) Repercusiones en cuanto a la persistencia de la enfermedad.—b) Repercusiones en cuanto a la capacidad de autogobierno.—3. El sometimiento a tutela del enfermo mental fásico: a) Su adecuación a las características de la enfermedad.—b) La autorización judicial genérica del internamiento del enfermo en un Establecimiento Psiquiátrico.—c) Las limitaciones económicas de la capacidad del tutelado.—4. El sometimiento a curatela del enfermo mental fásico: a) Su adecuación a las características de la enfermedad.—b) La extensión y límites de la incapacitación.—5. Conclusión.

1. Me propongo comentar, en las páginas que siguen, la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, en fecha 10 de febrero de 1986, de la que fue ponente D. Antonio Fernández Rodríguez. Es ésta, probablemente, una de las primeras sentencias que dicta el Tribunal Supremo en aplicación de la reforma en materia de incapacitación y tutela, operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre; y en ella se abordan, precisamente, algunas de las novedades más llamativas introducidas por la novela reformadora.

Los hechos que la sustentan pueden resumirse, muy escuetamente (como esuetos son) de la siguiente forma: Doña E.V.R. padece una psicosis fásica maniaco-depresiva, de evolución crónica y acusada sintomatología; enfermedad que fuera de la fase crítica no le incapacita, desde el punto de vista neuropsiquiátrico, pero que en dicha fase le produce pérdida del juicio de la realidad y otras deficiencias. Puesto ello en conocimiento del Ministerio Fiscal, instó éste la incapacitación de Doña E.V.R., su internamiento en un establecimiento psiquiátrico adecuado cuando fuera preciso, y la constitución del Organismo Tutelar pertinente. Pedimentos a los que se opuso la demandada de incapacitación, desde la primera instancia.

De la historia procesal del procedimiento, merece la pena destacar la discrepancia entre las sentencias dictadas por los distintos Jueces y Tribunales que co-

nocieron del mismo en sus diferentes grados. Así: a) el Juez de Primera Instancia absolvió a Doña E.V.R. de la demanda de incapacitación; b) la Audiencia Territorial, estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, declaró la incapacidad de Doña E.V.R., y ordenó la constitución de la tutela, con los siguientes límites: «en cuanto a la persona, durante los períodos de la fase activa de la enfermedad que padece, incluyéndose la posibilidad del internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico adecuado, y en cuanto a la administración de sus bienes, dejando en manos de la incapaz solamente la cantidad dineraria que el Organo Tutelar estime necesaria para los gastos ordinarios de manutención y vestido, de la que podrá disponer libremente dicha incapaz en los períodos de tiempo en que la enfermedad no se muestre activa»; y c) el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia Territorial, y revocando también la del Juez de Primera Instancia, declara «incapacitada a Doña E.V.R., con extensión y límite a los actos que excedan de una normal, ordinaria y regular administración de su patrimonio, en proporción al contenido de éste, y a los actos de disposición y gravamen sobre el mismo patrimonio, a cuyo fin deberá procederse a la constitución de la correspondiente curatela».

Las discrepancias, como puede verse, no son baladíes, y abarcan desde la misma procedencia o no de la incapacitación, hasta el mecanismo de guarda más adecuado para la situación de Doña E.V.R. —tutela o curatela—, pasando por la extensión y límites de la incapacitación (y, consiguientemente, del ámbito de actuación del propio guardador). Ello sirve para poner de relieve que una de las características principales de la novela reformadora de 1983 (la flexibilización, tanto de las causas de incapacitación, como de su alcance, y de los mecanismos de guarda y tutela del incapaz), presenta junto a su innegable vertiente positiva —adaptar la incapacitación a las condiciones efectivas de discernimiento y posibilidades de autogobierno del incapaz (1)—, un aspecto más peligroso, que radica, en palabras de Díez-Picazo y Gullón, en «la inseguridad por falta de uniformidad en su aplicación» (2); peligro que ya se ha visto hecho realidad en la historia procesal de la sentencia comentada. De ahí la importancia que habrá que otorgar, en estos primeros años de aplicación de la Ley, a una jurisprudencia del Tribunal Supremo que está llamada a dar al texto legal, mediante su interpretación, una seguridad y fijeza de las que inicialmente carece (por razones del todo atendibles, como queda dicho).

Y, precisamente al hilo de las tan referidas divergencias, en lo que tienen de más llamativo, se va a estructurar este comentario. Atendiendo, en primer lugar, a la enfermedad de Doña E.V.R. como causa de incapacitación, de acuerdo con el vigente artículo 200 del Código civil; en segundo lugar, a la posibilidad de su sometimiento a tutela, con la extensión y en las condiciones que fijó la sentencia de la Audiencia Territorial, y haciendo especial hincapié en la facultad que otorga al tutor de internar a la incapacitada en un establecimiento psiquiátri-

(1) Así, Díez-Picazo y Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, 15.^a, Madrid, 1984, p. 261; LETE DEL RÍO en: *Comentarios de EDERSA* (dir. Albadalejo), tomo IV, 2.^a, p. 195; Díez-Picazo, en: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1985, p. 179. Implícitamente, también, DELGADO ECHEVERRÍA, en Lacruz y otros: *Elementos de Derecho Civil*, 1-2.^o, Barcelona, 1983, p. 84.

(2) Díez-Picazo y Gullón, *op. et loc. cit.* En el mismo sentido, LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 171; y GARCÍA CANTERO: *Notas sobre la curatela*, «R.D.P.», 1984, p. 796.

co, cuando así lo estime conveniente; y por último, a las peculiaridades del sometimiento a curatela, tal y como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo.

2. De acuerdo con el artículo 200 del Código civil, «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Por su parte, Doña E.V.R. padece una psicosis fásica maniaco-depresiva, de evolución crónica y acusada sintomatología, que se caracteriza por alternar períodos de lucidez, en los que es perfectamente capaz de gobernarse por sí misma, con períodos críticos en los que carece de dicha capacidad. El problema, entonces, es determinar: a) en primer lugar, si esa alternancia periódica entre períodos lúcidos y críticos puede afectar a la consideración de su enfermedad como «persistente», a los efectos del artículo 200 del Código civil; b) y en segundo lugar, si puede considerarse que le impide o no, y en qué medida, gobernarse por sí misma.

a) En cuanto al primero de los aspectos, la doctrina es unánime en considerar que lo que se exige en el artículo 200, al hablar de «enfermedad persistente», es que se trate de una situación que tienda a prolongarse en el tiempo, durante un período con entidad suficiente para justificar la adopción de medidas tan graves como son la incapacitación de una persona, y su sometimiento a una institución de guarda (3). De forma que, por un lado, quedan excluidas del ámbito de acción del artículo 200, como causas de incapacitación, las situaciones transitorias de trastorno mental, o de pérdida de la capacidad de autogobierno (borracheira, contusión cerebral leve, pérdidas de conciencia no prolongadas, situaciones postoperatorias, etc.) —por más que puedan tener otras consecuencias jurídicas, respecto a los actos eventualmente realizados en tales situaciones—; y ello, porque la transitoriedad de la situación de hecho de incapacidad, se compadece mal con la permanencia que caracteriza a la situación jurídica derivada de la incapacitación. Pero, por otro lado, no se exige para apreciar la persistencia que se trate de una situación crónica o permanente, en el sentido de incurable (4).

En consecuencia, la alternancia de fases lúcidas y críticas en la enfermedad de Doña E.V.R. —o, con carácter general, en cualquier enfermedad o deficiencia mental— no es suficiente para negar la base de que los períodos críticos no son permanentes, sino de duración limitada, la persistencia de la misma enfermedad. Precisamente, la dolencia de Doña E.V.R. se caracteriza, desde el punto de vista neuropsiquiátrico, por su carácter fásico (es decir, por la mencionada alternancia), que no es sino la forma de manifestarse de una enfermedad que está presente en todo momento. Lo persistente debe ser la enfermedad, y no algunos determinados síntomas o consecuencias de la misma (que bien pueden ser, como ocurre en este caso, de aparición intermitente). De manera que la incapacitada es una enferma en todo momento: no sólo mientras se producen los períodos críticos, sino también durante la fase lúcida de su enfermedad.

Esto es lo que correctamente advierte el Tribunal Supremo cuando afirma, en el segundo Fundamento de Derecho de la sentencia comentada: «y sin que para la apreciación de la causa de incapacitación que previene el aludido artículo 200 del Código civil, en su vigente redacción, sea obstáculo el que la situación

(3) Cfr. LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 173; MAJADA: *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Barcelona, 1985, pp. 13 y ss.; y Díez-PICAZO, *op. et loc. cit.*

(4) Argumento *ex art.* 212 del Código civil. Similarmente, LETE DEL RÍO, *op. et loc. cit.*; y MAJADA, *op. et loc. cit.*

de incapacidad no sea constante o permanente, sino esporádica, cuando las referidas fases cíclicas o críticas se produzcan, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia-de no posibilidad de gobierno temporal se produzca». Y vuelve de nuevo sobre ello en el Fundamento cuarto: «(la persistencia de la enfermedad) como ya lo revela su significación gramatical, es su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica» (5).

b) El segundo aspecto que hay que considerar es el de la relación entre la intermitencia de los períodos lúcidos, durante los que Doña E.V.R. tiene plena capacidad para regir sus asuntos, y el último requisito que exige el artículo 200 del Código civil: que la enfermedad impida a la persona gobernarse por sí misma.

Lo primero que hay que advertir —por más que pueda parecer obvio—, es que en el artículo 200 del Código civil, la persistencia se refiere a la enfermedad en sí (como ya he dicho más arriba), y no a sus consecuencias en cuanto a la capacidad de autogobierno de quien la padece. De forma que cuando —como es este el caso— una enfermedad impide a una persona gobernarse por sí misma, pero no continúa sino intermitentemente, procede también (con las matizaciones que haré más abajo) su incapacitación. Basta, en este sentido, con que la perturbación que sufre dicha persona sea obstáculo a su plena —también en cuanto a su extensión en el tiempo— capacidad de autogobierno; con que pueda verse que, cíclicamente y durante un período de tiempo suficientemente prolongado (6), esa persona no podrá decidir sobre sus asuntos, para que pueda (y deba) dictarse la sentencia de incapacitación. Eso sí, habrá de tratarse de una incapacitación cuyo alcance (extensión y límites, mecanismo de guarda, etc.) se adecúe a esa situación de intermitencia, para permitir al incapaz regirse por sí mismo en aquellos períodos en los que tenga aptitud natural para hacerlo, de acuerdo con el curso cíclico de la enfermedad; todo ello, al amparo del artículo 210 del Código civil.

A partir de cuanto ha quedado dicho, parece clara, frente a la sentencia absoluta dictada por el Juez de Primera Instancia, la procedencia de la incapacitación de Doña E.V.R. Y, como hemos visto en los textos de la Sentencia comentada reproducidos más arriba, éste es también el sentido de la decisión jurisprudencial. Cabe citar, junto a dichos textos, otro inciso del cuarto Fundamento de Derecho: «las características de las causas determinantes de la incapacitación de la referida Doña E.V.R., con sus fases cíclicas o intercíclicas, evidentemente lle-

(5) Cabe recordar aquí que el art. 200 del Código civil, en su primitiva redacción, ya prevía la posibilidad de que se trata en el texto: «Están sometidos a tutela: 2.º Los locos o dementes, *aunque tengan intervalos lúcidos*, y los sordomudos que no sepan leer y escribir». Aunque la versión actual haya prescindido de la mención expresa a los «intervalos lúcidos», no me parece ello suficiente, por las razones expuestas en el texto y las que después se dirán, para justificar la exclusión de este supuesto de los que dan lugar a la incapacitación.

(6) Evidentemente, la pérdida de capacidad durante las fases críticas debe tener, también, una entidad temporal suficiente como para justificar la incapacitación. Así, no sería suficiente, en mi opinión, con que se prevea que cíclicamente una persona va a sufrir ataques epilépticos que la van a incapacitar durante un día, o unas horas.

van a que no sea la guarda adecuada la que emana de la tutela, sino de la curatela que autoriza el artículo 287 del Código civil, en atención al grado de discernimiento, al revelarse que la falta de éste surge solamente en las fases cíclicas o críticas de la tan aludida enfermedad».

3. La Audiencia Territorial acordó incapacitar a la demandada, y la sometió a tutela, «que ha de quedar limitada, en cuanto a la persona, durante los períodos de la fase activa de la enfermedad que padece, incluyéndose la posibilidad del internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico adecuado, y en cuanto a la administración de los bienes, dejando en manos de la incapaz solamente la cantidad dineraria que el Organo Tutelar estime necesaria para los gastos ordinarios de manutención y vestido, de la que podrá disponer libremente dicha incapaz en los períodos de tiempo en que la enfermedad no se muestre activa». Frente a este fallo, el Tribunal Supremo aprecia, en su cuarto Fundamento de Derecho y por las razones que se expondrán más adelante, infracción del artículo 200 del Código civil.

Son varias y complejas las cuestiones que suscitan tanto la sentencia de la Audiencia Territorial como la argumentación que para casarla esgrime el Tribunal Supremo. Me centraré, a continuación, por un lado en el régimen de guarda a que es sometida Doña E.V.R. por el Tribunal de Apelación (la tutela); por otro, en la preocupante autorización genérica que la Audiencia Territorial concede al Organo Tutelar, para internar a la incapaz en un Establecimiento Psiquiátrico adecuado, durante los períodos de la fase activa de la enfermedad; y por último, en las limitaciones económicas que establece la Audiencia Territorial, que el Tribunal Supremo considera más propias de una situación de prodigalidad ni solicitada ni acordada en el caso de que se trata.

a) Para juzgar acerca del acierto en someter a un incapaz a uno u otro régimen de guarda (y, en este caso, a Doña E.V.R. al régimen de tutela), hay que tener en cuenta: 1) por un lado, las características propias de la enfermedad que padece, y más concretamente cómo afecta dicha dolencia al discernimiento y capacidad de autogobierno de la persona en cuestión (arts. 200 y 210 del Código civil): aquí, habrá de atender al carácter cíclico de la perturbación, y a la existencia de períodos de tiempo prolongados durante los que Doña E.V.R. es capaz naturalmente de decidir sobre sus propios asuntos con total normalidad; 2) por otro lado, las notas peculiares, desde el punto de vista jurídico, de cada uno de los regímenes, para determinar cuál es el más adecuado en relación con la capacidad de autogobierno del enfermo: en este caso, y por lo que ahora nos interesa, habrá que examinar la adecuación de la tutela a la situación de la demandada.

Sancho Rebullida (7) define la tutela como «la institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los incapacitados, no sujetos a patria potestad, y para la administración de su patrimonio». Sus rasgos más característicos son, pues, la representación legal, administración de los bienes y cuidado de la persona del tutelado por el tutor —cfr. arts. 267 y 269 del Código civil, entre otros— (8). Y, por lo que aquí nos interesa,

(7) SANCHO REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, p. 72.

(8) Así, también, la doctrina. Cfr., por todos, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, p. 272; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 237; Carmen GÓMEZ LAPLAZA, en: *Comentarios a las reformas...*, *cit.*, p. 489.

vale la pena resaltar que la tutela es un mecanismo de guarda en el que rige como principio general la incapacidad del tutelado para realizar por sí mismos actos con eficacia jurídica, con la única excepción de los que le estén legal o judicialmente autorizados: será el tutor, como representante legal suyo, quien pueda hacerlos (art. 267 del Código civil). Se trata, en suma, de un régimen jurídico de sustitución en el que, en palabras de Anna Casanovas Mussons, «se afecta de modo absoluto la capacidad de obrar general del sujeto; su actuación, para ser jurídicamente eficaz, debe ser sustituida a través del mecanismo de la representación legal» (9).

En consecuencia, la tutela aparece como una institución más adecuada para aquellas enfermedades que provoquen una pérdida de la capacidad de autogobierno total o casi total; y que, por tanto, precisen (en beneficio del propio enfermo), la constitución de un mecanismo jurídico que aúne la sustitución radical y permanente de la capacidad del enfermo —en su caso, con las excepciones que se estimen convenientes—, con la atención y cuidado personal del mismo incapacitado. Si el enfermo no puede hacerlo, deberá ser otro quien cuide tanto de él como de sus bienes. Pero importa resaltar que la razón de ser de la constitución de un tal mecanismo jurídico es precisamente que el incapacitado no puede hacer tales cosas por sí mismo.

No parece, pues, que la tutela sea el instrumento más adecuado, por exceso, para delimitar la incapacidad de una persona que, como Doña E.V.R., tiene aptitud natural para regir sus asuntos, y sólo temporal aunque periódicamente, la pierde durante las fases críticas de su enfermedad (10). En efecto, ese mecanismo de sustitución radical y permanente desconoce por completo tales características de la dolencia que aqueja a Doña E.V.R.; y le impide regirse por sí misma, también durante los períodos lúcidos: es decir, cuando podría hacerlo. De modo que la razón de ser de la tutela falla, en este caso, durante lapsos de tiempo prolongados. Y ello, por más que se limiten las facultades del tutor —como lo hace la sentencia de la Audiencia Territorial—, en cuanto a la persona, a los períodos críticos, ya que durante las fases lúcidas, Doña E.V.R. tiene aptitud natural para cuidar tanto de su persona como de sus bienes (y no hay razón, entonces, para limitar su capacidad respecto de éstos, tan radicalmente, en dichas fases). Conviene recordar, en este sentido, que el aforismo *odiosa sunt restringenda* debe encontrar también aplicación en este campo; y más cuando las normas *odiosas* —limitativas— afectan a aspectos tan nucleares del desenvolvimiento de la propia personalidad, como lo es la posibilidad de decidir una persona por sí misma, sobre sus propios asuntos, cuando puede hacerlo.

Es lo que advierte, con acierto, el Tribunal Supremo —cuarto Fundamento de Derecho— cuando señala que «las características de la causas determinantes

(9) ANNA CASANOVAS MUSSONS: *La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida*, «R.J.C.», 1985, p. 88.

(10) Aunque la sentencia comentada no ofrece, expresamente, datos suficientes para conocer la duración respectiva tanto de las fases críticas como de las lúcidas, parece deducirse implícitamente que estas últimas tienen un cierto carácter de habitualidad, mientras que aquéllas son las que se presentan intermitentemente. En todo caso, desde el punto de vista jurídico, parece claro que la regla general es la de capacidad, y la excepción la incapacidad; de forma que, en estos casos de intermitencia, salvo que se pruebe suficientemente otra cosa, ha de estarse por la capacidad habitual y la incapacidad excepcional.

de la incapacitación de la referida Doña E.V.R., con sus fases cíclicas o intercíclicas, evidentemente llevan a que no sea la guarda adecuada la que emana de la tutela...»

b) La tutela que la Sentencia de la Audiencia Territorial establece sobre Doña E.V.R. queda limitada, en cuanto a la persona, a los períodos críticos. Será entonces cuando, de acuerdo con el artículo 269 del Código civil, corresponderá al Organismo Tutelar velar por la tutelada, ya que ésta no podrá hacerlo por sí misma. Y parece evidente que esta obligación del tutor incluye, si fuera preciso, el sometimiento de Doña E.V.R. a los tratamientos médicos necesarios para promover la vuelta de la incapacitada a su situación normal de aptitud natural (argumento *ex art. 269.3.º*); lo que puede a su vez abarcar, ocasionalmente y cuando así lo exija la recuperación de la tutelada, su internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico (11). Quizá en previsión de este evento, el Tribunal de Apelación facultó genéricamente al tutor para internar a Doña E.V.R. en un centro de ese tipo, durante las fases críticas.

Ahora bien, el internamiento tanto del presunto incapaz —art. 211 del Código civil— como del sometido a tutela —art. 271.1.º del Código civil— (12) requieren previa autorización judicial, salvo en caso de urgencia (sobre lo que volveré más adelante), y entonces con las garantías previstas en el propio artículo 211. Ello, atendiendo precisamente a que el internamiento es una medida restrictiva de la libertad de las personas, en la que quedan afectados derechos fundamentales del ser humano —señaladamente, su libertad—, constitucionalmente protegidos (13). Por lo tanto, y aunque el texto legal no lo afirme expresamente, no parece suficiente una autorización general, como la que concede al tutor la Audiencia Territorial, para entender cumplido el requisito legal antes indicado; sino que será precisa una aprobación judicial de la medida caso por caso (aunque sea previsible la necesidad de su reiteración), observándose en cada uno de ellos el procedimiento y garantías establecidos en el artículo 211 (14), precisamente en defensa de ese derecho fundamental más arriba aludido. Puede servir para reforzar esta opinión el párrafo 3.º del mismo artículo 211, *a fortiori*: si en caso de internamiento ya producido, es obligado para el Juez recabar información sobre la necesidad de proseguirlo, al menos cada seis meses, con mayor razón procederá el control judicial en todos los casos en que lo que esté en juego sea el mismo internamiento.

Todo lo cual no quiere decir que, en casos de urgencia, no sea posible el internamiento del tutelado, en su propio beneficio (art. 216 del Código civil) y

(11) Así, Carmen GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, p. 519.

(12) Respecto a la relación entre estos dos preceptos BERCOVITZ entiende que «el número 1.º del art. 271 del Código civil no es sino un supuesto o conjunto de supuestos susceptibles de ser subsumidos en el art. 211 del Código civil»: *Comentarios a las reformas...*, *cit.*, pp. 549 y ss.; *vid.*, también, su comentario al art. 211, pp. 196 y ss., donde lo argumenta por extenso.

(13) La doctrina es unánime al poner de relieve el fundamento constitucional de las limitaciones y garantías que contiene el art. 211: cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 115; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 201; MAJADA, *op. cit.*, p. 264; BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 198.

(14) Precepto que entiendo aplicable también en el caso de internamiento del tutelado, por cuanto expone BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 196 y ss. Véase, también, más abajo, el refrendo del Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, a esta opinión.

sin previa autorización judicial; pero siempre con notificación de la medida al Juez en el plazo prevenido por el artículo 211 del Código civil (15).

Tal resulta ser, nuevamente, la postura adoptada por el Tribunal Supremo: «el internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico no es una normal consecuencia de la expresada incapacitación, conferible a quien sea encargado de la custodia del incapacitado, ni en consecuencia emana de la normativa contenida en el artículo 200 del Código civil con su complemento del artículo 208 del mismo cuerpo legal, sino de una específica regulación establecida en el artículo 211 del referido Código, para el caso de que un incapaz requiera internamiento (16), y cuya facultad no viene encomendada al órgano de guarda constituido, sino exclusivamente al Juez correspondiente, con acomodo a la expresada normativa contenida en el citado artículo 211, a la que, en su caso y momento, de estimarse que se dan circunstancias para su aplicación, habrá de acudir, y mucho más en cuanto que las limitaciones de índole personal, como son las de internamientos en Centros Psiquiátricos, no pueden establecerse «a priori» y genéricamente, sino en el momento y concretamente para cuando se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida afectante a la personalidad».

c) Mucho menos convincente es la argumentación que desarrolla el Tribunal Supremo, para rechazar la decisión de la Audiencia Territorial, por la que se limitaba la capacidad de Doña E.V.R., en cuanto a la administración de sus bienes, a la de la «cantidad dineraria que el Órgano Tutelar estime necesaria para los gastos ordinarios de manutención y vestido, de la que podrá disponer libremente dicha incapaz, en los períodos de tiempo en que la enfermedad no se muestre activa». Para el Tribunal Supremo, una limitación tan restringida en el aspecto económico es más propia de la prodigalidad, «que para ser apreciada requeriría, en su caso, y por quien estuviese legitimado para ello, el planteamiento del correspondiente expediente de prodigalidad, cuya naturaleza no tiene el ahora examinado y motivador de la presente resolución».

Es verdad que, como apunta el Tribunal Supremo, limitaciones de carácter económico como las que plantea la Audiencia Territorial, son más propias de un expediente de prodigalidad; pero ello no quiere decir que hayan de ser exclusivas de la situación de prodigalidad, de forma que no se puedan adoptar en ningún otro caso. Precisamente, la flexibilización introducida por la Reforma de 1983 en cuanto a la extensión y límites, tanto de la incapacitación, como de los mecanismos de tutela y curatela —arts. 210, 267 y 289 del Código civil— (17), autoriza —en mi opinión— a someter al incapaz, como consecuencia de las peculiaridades que presente la causa de incapacitación, a medidas similares en algunos aspectos a las que se toman para los supuestos de prodigalidad; y cuando ellas sean las más adecuadas para la instauración de un mecanismo de guarda, a la vez eficaz y respetuoso con tales peculiaridades. Entonces, las medidas o limita-

(15) Por aplicación del art. 211, que SANCHO REBULLIDA considera dudosa en este punto (*op. cit.*, p. 115).

(16) Nótese cómo el Tribunal Supremo considera aquí aplicable el art. 211, también al internamiento de un incapaz, y no sólo del presunto incapaz (de acuerdo con el tenor literal del precepto), en la misma línea apuntada por BERCOVITZ.

(17) La doctrina ha puesto de relieve, en este sentido, el carácter eminentemente patrimonial que reviste toda curatela (y no sólo la del pródigo): cfr. LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 434; MORENO QUESADA: *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, «R.D.P.», 1985, pp. 308 y ss.

ciones de capacidad responderán a una situación de incapacidad y habrán de ser tomadas previo el correspondiente procedimiento de incapacitación (y no el de prodigalidad —como afirma el Tribunal Supremo— ya que ni las medidas traen causa de una declaración de prodigalidad, ni ésta se ha intentado).

No quiero decir, con todo ello, que me parezca acertada la sentencia del Tribunal de Apelación; ya he expuesto antes que no es ésta mi opinión. Pero no por las razones que, en cuanto a la cuestión de que ahora trato, esgrime el Tribunal Supremo, sino por no adecuarse las limitaciones impuestas a Doña E.V.R. a su capacidad natural.

4. Sólo queda ya, para finalizar este comentario, analizar la solución dada por el Tribunal Supremo al caso de Doña E.V.R., y desde puntos de partida similares a los establecidos *sub* 2; su sometimiento a curatela, como régimen de guarda más apropiado, por un lado; y por otro, la extensión y límites de la incapacitación de la curatela da «a los actos que excedan de una normal y regular administración de su patrimonio en proporción al contenido de éste, y a los actos de disposición y gravamen sobre el mismo patrimonio».

a) En cuanto al primer aspecto, hay que partir de cuanto ha quedado dicho más arriba, y que no voy a repetir aquí, acerca de la capacidad de autogobierno de Doña E.V.R. Desde este punto de vista, parece evidentemente más adecuado el sometimiento de la incapaz a un régimen de guarda menos severo, que le permita ejercitar hasta el límite máximo de sus posibilidades su aptitud natural de autogobierno; como señala Delgado Echeverría «en tales casos —en que tampoco la negativa de incapacitación estaría justificada— lo único preciso será evitar que pierda su capital por engaño o medidas desacertadas quien no tiene sentido para gobernarlo, para lo cual es suficiente, por ejemplo, vigilar sus actos más graves de administración y prohibirle los de disposición» (18). De ahí que sea preferible la curatela a la tutela, ya que ésta —en palabras de Sancho Rebullida (19)— «se caracteriza porque su función no es *representar*, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino *asistir*, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo» (20).

Desde otro punto de vista, pero que pone muy bien de relieve la diferencia fundamental entre curatela y tutela, señala Anna Casanovas Mussons (con referencia, en general, a las diferencias entre los mecanismos de sustitución y los de complementación de la capacidad, pero aplicables respectivamente a la tutela y la curatela): «Así, el ámbito del régimen de sustitución, dado su carácter tendencialmente absoluto, se delimita negativamente. Los actos que el incapacitado puede realizar por sí solo se formulan, por la sentencia o por la ley, como excepciones a la representación legal (...). La extensión del régimen de asistencia, en

(18) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 84. Vale la pena resaltar la recepción parcial por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, de la opinión vertida por el autor citado, tanto en cuanto al régimen de guarda al que se somete a Doña E.V.R. (que responde a las finalidades planteadas por Delgado Echeverría), como en relación a la extensión y límites de la actuación del guardador —señaladamente, respecto a la diferenciación en el tratamiento de los actos de administración y los de disposición.

(19) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 141.

(20) Ponen de relieve las diferencias entre la tutela y la curatela, en el mismo sentido recogido en el texto, LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 434; MAJADA, *op. cit.*, p. 145; MORENO QUESADA, *op. cit.*, p. 311; María del Carmen GETE-ALONSO, en: *Comentarios a las reformas...*, *cit.*, p. 700.

cambio, se determina de una forma positiva y directa. Los actos para los cuales el incapacitado necesita el complemento de capacidad se designan con carácter expreso por la sentencia (art. 298) o, defectivamente, a través de la remisión que efectúa el artículo 290» (21).

Por lo tanto, el sometimiento a curatela de Doña E.V.R. supone que la incapacidad se limita a los actos expresamente señalados por el Tribunal Supremo en su Fallo; mientras que para los demás es plenamente capaz. E incluso, para aquéllos, la incapacidad actúa —como veremos a continuación— con mucha mayor «suavidad» que si la incapaz se encontrara sometida a tutela. Todo ello produce un acusado paralelismo entre la situación de hecho (intermitencia de las fases críticas, sobre un fondo de normalidad) y su correspondiente de Derecho (principio de capacidad, con excepciones expresamente establecidas); aunque la correspondencia no sea absoluta, en razón de la inclusión de medidas de carácter precautorio.

b) La sentencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con los artículos 210 y 289 del Código civil, incapacita a Doña E.V.R. respecto de los actos que excedan de una normal y regular administración de su patrimonio, en proporción al contenido de éste, y también respecto de los actos de disposición y gravamen sobre su patrimonio (éstos, ya con carácter general). Como puede observarse, la sentencia comentada se encuentra en la misma línea de la solución propuesta por Delgado Echeverría, y recogida más arriba; aunque matizando más el contenido concreto de la incapacitación, y adecuándolo a las posibilidades que ofrece el régimen legal de la curatela.

Como consecuencia de la determinación que realiza el Tribunal Supremo, queda en principio excluida la aplicación directa del artículo 290 del Código civil, previsto para aquellos casos en que la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que es necesaria la intervención de curador. Sin embargo, la relación de actos contenida en los artículos 271 y 272 del Código civil —a los que se remite el citado artículo 290 (22)— puede acaso servir como orientación para el curador de Doña E.V.R., en relación a los actos para los que debe ser considerada incapaz, bien por exceder de una administración normal y regular, bien por ser de disposición o gravamen. Pero únicamente como orientación, ya que, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo, parece que habrá que atender, para dilucidar si un acto concreto de la incapacitada excede o no de su capacidad, no sólo a si dicho acto es considerado habitualmente como de ordinaria administración, respecto de cualquier patrimonio (criterio eminentemente objetivo y genérico); sino a si lo es en atención al patrimonio de Doña E.V.R. (criterio éste más subjetivo y concreto), con independencia de que lo sea o no respecto de cualquier otro (23).

De manera que, a lo que entiendo, lo que pretende aquí el Tribunal Supremo

(21) ANNA CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, p. 89.

(22) Remisión muy criticada por la doctrina. Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 796 y ss.; MAJADA, *op. cit.*, p. 149; Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 706 y ss.

(23) Ello, sin perjuicio de aquellos actos que el incapacitado no pueda realizar por sí mismo, con independencia de que se encuentren recogidos o no en la sentencia de incapacitación, y que la ley recoge en la regulación de diversas instituciones. Cfr. Carmen GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 702 (y la relación de tales actos, que allí mismo incluye).

es incapacitar a la demandada para la realización de aquellos actos de administración en los que se manifieste patrimonialmente la fase crítica de su enfermedad (y que afecten, por tanto, a la integridad y mantenimiento de su patrimonio), así como los de disposición y gravamen, con carácter general, en atención a su mayor trascendencia y «peligrosidad», desde el punto de vista de la salvaguardia del patrimonio de la incapaz (24).

En este sentido, se muestra también particularmente apropiado el mecanismo curatelar en relación con la enfermedad que padece Doña E.V.R., ya que su incapacitación no le impide actuar por sí misma, y realizar cualesquiera actos de administración, disposición y gravamen; sino que se limita a requerir para los establecidos en la sentencia, el asentimiento del curador. Ello puede permitir, en la práctica, una aplicación flexible de la curatela, respetando al máximo la capacidad natural de autogobierno de la incapacitada, bajo un discreto control del curador, cuya intervención podría limitarse a pedir *a posteriori* la anulación de los actos realizados por Doña E.V.R. sin su preceptivo asentimiento —cuando éste así lo sea—, en las fases críticas de la enfermedad (la aparición de las cuales difícilmente podrá prever el curador para someter a la curatelada a un control más estricto). Y sin que dicha intervención del curador sea necesaria, ni siquiera en su grado de asentimiento respecto de aquellos actos que Doña E.V.R. realice con plena capacidad natural, aunque formalmente sean de los que precisen la asistencia del curador; basta para ello con no solicitar la anulación del acto de que se trate.

De esta forma, también el ejercicio de la curatela quedaría adaptado a las características de la enfermedad que ha motivado la incapacitación, permitiendo a la enferma actuar por sí misma en el campo más amplio posible, y limitándose el curador a evitar que las fases críticas de la enfermedad afecten negativamente al patrimonio de Doña E.V.R., por medio de la anulación posterior de los actos realizados sin su previa asistencia (25).

5. En conclusión, pienso que la sentencia comentada merece un juicio crítico general muy positivo, tanto por la argumentación con que hace frente a los fallos de Primera y Segunda instancia, como por la solución final que da al caso controvertido; solución que me parece plenamente conforme al espíritu de la novela reformadora de 1983. En este sentido, supone un buen fundamento para la necesaria concreción jurisprudencial de aquellos aspectos que la regulación legal no ha concretado, precisamente en aras de una mayor flexibilización de los mecanismos y consecuencias tanto de la incapacitación, como de los sistemas de tutela y guarda.

Zaragoza, marzo de 1987

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ
Profesor Titular de Derecho Civil

(24) La determinación de qué actos puede realizar Doña E.V.R. por sí sola, sin necesidad de la asistencia de su curador, es una cuestión que deberá resolver el Juzgador caso por caso, ante la demanda de anulación de cada uno de ellos que interponga dicho curador al amparo del art. 293 del Código civil.

(25) Aunque todas estas consideraciones se refieran, más que a la sentencia, al ejercicio correcto de la curatela por el curador, me ha parecido oportuno ponerlas de relieve, ya que demuestran suficientemente las virtualidades —también prácticas— del mecanismo curatelar, en relación con la enfermedad que motive la incapacitación.

LA USUCAPION DE LA NUDA PROPIEDAD

(Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1986)

1. INTRODUCCION

En el caso resuelto por la citada sentencia, el actor, nudo propietario de los inmuebles integrantes de la herencia en virtud de la disposición *mortis causa* contenida en las capitulaciones matrimoniales de sus padres, solicita del Juzgado declare la nulidad por simulación de las compraventas otorgadas en beneficio de los coherederos usufructuarios para facilitar la gestión de las fincas. Los coherederos demandados alegan la existencia de un testamento ológrafo en virtud del cual corresponde a uno de ellos el pleno dominio de una de las fincas a título de legatario. El Juzgado estima la demanda en cuanto a todas las fincas, excepto aquellas objeto de la reconvencción que también resulta estimada. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Territorial confirma la sentencia.

El actor interpone recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los siguientes motivos: 1.º Al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando inaplicación de los artículos 1.261, 1.275 y 1.276, todos ellos del Código civil, por afirmar la sentencia recurrida la validez de la compraventa de la finca litigiosa a pesar de declararla simulada. 3.º Con el mismo amparo procesal, por inaplicación del artículo 342 de la Compilación catalana y de los artículos 432, 436, 444 y 1.941, todos ellos del Código civil, al no apreciar, pese al transcurso de más de 30 años, que el actor hubiese usucapido la nuda propiedad.

La sentencia declara no haber lugar al recurso, con base, entre otros, en el siguiente fundamento de derecho, directo fundamento del fallo: 3. «El motivo tercero mantiene que el demandante había adquirido por usucapición la nuda propiedad de la finca, tesis rechazada en las dos instancias y que se mantiene a través de la formulación del presente motivo. El actor, se alega a este propósito de la usucapición, ostentaba la titularidad hereditaria de todas las fincas y, por tanto, de la controvertida, desde la muerte de su padre el 5 de enero de 1940, y en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 29 de octubre de 1916, habiendo otorgado escritura de manifestación de herencia el 6 de noviembre de 1961. Dicha posesión se mantuvo (sigue argumentando el motivo) al menos

hasta que el año 1976 su hermana invierte el concepto posesorio, no reconociéndole la condición de nudo propietario que hasta entonces le había reconocido. Este motivo debe ser desestimado porque: A) Parte del error de afirmar que la madre fue tenedora de la casa y fincas y entre éstas la litigiosa, para conservarlas o disfrutarlas perteneciendo el dominio al demandado (*sic*), ello según el artículo 432 del Código civil, cuando en realidad fue poseedora en concepto de dueño por formarse la categoría de poseedores en tal concepto de dueño con todos aquellos que poseen en el concepto de titulares (lo sean o no) de derechos reales, no sólo del dominio, sino también del usufructo; por tanto, no por efecto de las capitulaciones y de la institución preventiva que contienen, ni por razón de la definitivamente hecha en testamento, en ningún momento derivaría la posesión de la finca discutida del dominio del hijo heredero ni serviría para fundamentar la usucapción de éste. No existió en suma, el “desdoblamiento de posesiones” ni la posesión mediata o a través de otro de que habla el motivo. B) De otra parte, la usucapción reposa sobre la posesión pública, pacífica y no interrumpida (art. 1.941 del Código civil) consistente en que el usucapiente se conduzca como dueño del dominio o del derecho real susceptible de posesión y ello mediante un uso y disfrute continuados y no de otra manera, por lo que no todos los derechos reales, por sólo serlo, son ya idóneos para adquirirse por usucapción, siendo usucapibles únicamente aquellos cuyo peculiar contenido permita ser ostentados *ad extra* y a través de ese ejercicio continuado, mientras que otros derechos escapan a la facticidad propia de la actividad posesoria, de todo lo cual se desprende que, en el caso, no pudo adquirir el heredero recurrente y precisamente a través de la posesión efectiva de la usufructuaria, fallecida en 1978, la nuda propiedad de la finca que es justamente lo que propugna este motivo.»

Como se ve, el fundamento de derecho trata de desvirtuar la usucapción trentenal alegada en el motivo con base en el artículo 342 de la Compilación catalana, atacando la posesión del nudo propietario, lo cual nos permite plantear como problemas de la usucapción de la nuda propiedad, los siguientes aspectos: 1. El problema de la concurrencia de posesiones y su articulación en nuestro Derecho con referencia a la propiedad gravada con usufructo. 2. El problema de la posesión en concepto de dueño, y su diverso significado en los preceptos del Código civil que la mencionan. 3. Y, por último, el significado de la publicidad en la *possessio ad usucapionem* con referencia a la posesión del nudo propietario.

El examen de estos tres aspectos, permite sin duda afrontar la toma de posición sobre la usucapción de la nuda propiedad, prescindiendo de los pormenores del caso resuelto, ciertamente intrincados, y que involucran indirectamente problemas de derecho sucesorio no contemplados en el recurso que resuelve la citada y parcialmente reproducida sentencia.

2. LA CONCURRENCIA DE LAS POSESIONES DEL NUDO PROPIETARIO Y DEL USUFRUCTUARIO

Uno de los problemas que plantea la propiedad gravada con usufructo en nuestra regulación posesoria, es el del modo en que deben articularse las respectivas situaciones posesorias del nudo propietario y del usufructuario. Ciertamente, no se trata de un problema específico de esta relación jurídico-real, ya que se plantea en todo supuesto en que haya posesión efectiva por persona distinta del

titular dominical, pero tal vez, el caso del usufructo sea paradigmático por permitir las más prolongadas y variadas cadenas de posesiones concurrentes sobre un mismo objeto.

La cuestión dista de haber sido resuelta pacíficamente por la doctrina, ya que la interpretación del artículo 432 del Código civil, y de los demás preceptos de este cuerpo legal que afectan al tema ha dado lugar a posturas muy divergentes entre los autores, sin que la jurisprudencia, por su parte, haya contribuido a zanjar la cuestión con una clara orientación (1).

Por una parte, la distinción entre posesión mediata y posesión inmediata consagrada por el § 868 del BGB («si alguien posee una cosa como usufructuario... también el otro es poseedor») ha tenido fuerte influencia en la doctrina española, la cual, si bien con importantes matizaciones considera aplicable la distinción a nuestro ordenamiento, a pesar de no estar recogida expresamente por el Código civil.

Así, G. García Valdecasas (2), con base en el artículo 431 del Código civil, identifica la posesión inmediata con la ejercida directamente y la posesión mediata con la ejercida a través de otro, lo cual tiene el efecto reflejo de reducir el contenido de la posesión de derechos a los supuestos en que no pueda hablarse de posesión mediata. En el mismo sentido, se pronuncia J. L. de los Mozos en orden a la tutela interdictal (3), defendiendo la idea de la posesión mediata del poseedor en concepto de dueño a través de otro, concretamente en el caso del usufructo.

Más recientemente, A. Martín Pérez (4), entiende que la idea del desdoblamiento posesorio no está totalmente resuelta ni por el artículo 432 del Código civil, según la opinión más extendida, ni por el artículo 431 del Código civil de acuerdo con la expresada opinión de G. García Valdecasas, porque ninguno de estos dos preceptos aisladamente considerados llega a consagrar la distinción entre posesión mediata e inmediata, sino que esta distinción deriva conjuntamente de ambos preceptos, por reconocer el artículo 431 la posesión mediata o espiritualizada, y el artículo 432 del Código civil, la posesión inmediata, ya que este último precepto, al plantearse en forma disyuntiva, no denota precisamente concurrencia.

Esta tesis que fundamenta el desdoblamiento de posesiones y su concurrencia en los citados preceptos del Código civil contemplados conjuntamente, es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1925, precisamente con referencia al nudo propietario a título de heredero: «con arreglo a los artículos 431 y 432, la posesión de los bienes de la herencia la tiene la heredera, aunque por mediación de la usufructuaria en su nombre».

La acogida de esta distinción no es, sin embargo, unánime, porque ya D. De Buen (5), escribió que «la posesión de un arrendatario o de un comodatario no excluye la posesión del derecho de propiedad por el propietario», sosteniendo así la concurrencia de posesiones, no con base en la distinción entre posesión me-

(1) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, tomo VI, p. 72, Madrid, 1980.

(2) Cfr. G. GARCÍA VALDECASAS: *La posesión*, p. 23, Granada, 1953.

(3) Cfr. J. DE LOS MOZOS: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 222, Madrid, 1962.

(4) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 65.

(5) Cfr. D. DE BUEN: *Notas al curso de Colin y Capitant*, II, 2.º, pp. 991 y ss., Madrid, 1923.

diata y posesión inmediata, sino con base en la distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos, lo cual en rigor, es tanto como negar la concurrencia de posesiones, pues no recaerían ya sobre un mismo objeto.

Más recientemente, esta tesis ha sido defendida por J. B. Vallet de Goytisolo (6), para quien nuestro Derecho no constituye la concurrencia de posesiones en sentido vertical sobre una misma cosa, sino por el contrario en sentido horizontal. Pero, esta postura, lejos de negar la concurrencia de posesiones, lo que hace es situar todas las posesiones en el mismo plano, recayendo directamente sobre la cosa, pero con distinta dimensión posesoria y distinta exteriorización del concepto posesorio.

Sin embargo, las distintas formas de enfocar la concurrencia de posesiones sobre una misma cosa, que tienen importantes consecuencias en orden a la protección procesal, carecen de repercusiones igualmente importantes en cuanto a la usucapición, porque tanto la posesión mediata del nudo propietario, como su posesión del derecho de propiedad, podrían tener en principio los mismos efectos en relación con la usucapición de la nuda propiedad, pues ambas construcciones mantienen el relevante papel del *animus* posesorio, a diferencia de lo acontecido en el Derecho alemán (7).

Por todo ello, el fundamento de derecho reproducido de la sentencia de 26 de abril de 1986, a pesar de su frontal ataque a la construcción de la concurrencia de las posesiones del nudo propietario y del usufructuario con base en la distinción entre posesión mediata e inmediata, tampoco parece adherirse a la tesis de la posesión de derechos, aunque algún párrafo pueda apuntar en tal dirección: «que el usucapiente se conduzca como dueño del dominio o del derecho real susceptible de posesión», porque ello no sería obstáculo para la usucapición por el nudo propietario.

Más bien parece que trata de negar todo tipo de posesión al nudo propietario, convirtiendo su situación en una titularidad meramente formal, lo cual sería de todo punto insostenible, por convertir al usufructuario en sustancial propietario, invirtiendo así los términos de la cuestión: el nudo propietario privado de facultades y de posesión, tendría un mero derecho de adquisición, a modo de gravamen formal y claudicante que el usufructuario podría llegar a extinguir a través de una especie de usucapición liberatoria.

Las afirmaciones de la sentencia en examen, así entendidas, serían tan infundadas como para hacer innecesaria su reducción al absurdo, razón por la que hay que interpretarla como una simple negación de la posibilidad de aplicar al caso el artículo 432 del Código civil, que es el único precepto que se cita, y esto, aunque sólo sea indirectamente, habría que entenderlo como opción en favor de la tesis sustentada por Vallet de Goytisolo, porque si el nudo propietario (real o aparente) no puede alegar su posesión mediata mantenida a través de la posesión efectiva del usufructuario a los efectos de probar los requisitos de la usucapición, es porque su posesión tiene distinto objeto, es decir, es posesión de derecho, posesión del derecho de propiedad (7 bis).

(6) Cfr. J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *La concurrencia de posesiones sobre una misma cosa inmueble*, en «R.G.L.J.», 1947, pp. 545 y ss., y 679 y ss.; y ahora en *Estudios sobre Derecho de cosas*, pp. 19 y ss., Madrid, 1973.

(7) Cfr. A. MARTÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 69.

(7 bis) Cfr. en tal sentido el comentario sobre esta misma sentencia de M. ALBALADEJO, en *Cuadernos civitas di jurisprudencia civil*, núm. 11 (1986), pp. 3606 y ss.

Esta afirmación en el caso resuelto por la sentencia, permitiría negar la *possessio ad usucapionem* del nudo propietario aparente, precisamente por basarse en un título putativo cual es la disposición *mortis causa* revocada. En efecto, si la posesión del nudo propietario es posesión del derecho de propiedad, y en el caso este derecho no tiene existencia real por dimanar de un título putativo, la situación posesoria realmente existente no conduce a la usucapión ni ordinaria ni extraordinaria del derecho de nuda propiedad.

Pero, este razonamiento, no expreso en la sentencia comentada, además de situarse en la línea propugnada por Vallet de Goytisolo, se constituiría en una de las más radicales afirmaciones de la inadmisibilidad de la *usucapio pro haerede* (8) que alcanzaría, no sólo a la usucapión ordinaria, sino también a la usucapión extraordinaria, en la que por no requerirse título verdadero y válido, sería difícilmente justificable sin el amparo del artículo 1.953 del Código civil.

La cuestión no es baladí en materia de usucapión de la nuda propiedad, ya que es la sucesión *mortis causa* la principal fuente de situaciones de propiedad gravada con usufructo, razón por la que, frecuentemente, el título del nudo propietario será un título *pro haerede*.

A mi juicio, la falta de apoyo textual de semejante solución, es un argumento que milita en favor de la construcción de la concurrencia de posesiones con base en el artículo 432 del Código civil en conjunto con el artículo 431, de modo que el nudo propietario, será un poseedor mediato, a menudo *pro haerede*, y que en el caso de tratarse de un heredero aparente tropezará con el artículo 1.953 del Código civil, a la hora de acogerse a la usucapión ordinaria (9), pero no tendrá obstáculo para alcanzar la usucapión trentenal por ser poseedor mediato de la cosa y no simple poseedor de un derecho inexistente.

3. EL CONCEPTO POSESORIO DEL NUDO PROPIETARIO Y DEL USUFRUCTUARIO

Admitido el desdoblamiento posesorio, y sea cual sea la construcción de la concurrencia de posesiones que se postule, será problema común en la propiedad gravada con usufructo la delimitación del concepto de cada una de las posesiones en juego, en orden a la usucapión.

Como señala A. Morales Moreno (10), los actos posesorios deben referirse a un concepto posesorio, es decir, a un derecho subjetivo susceptible de ser adquirido por usucapión, pero hay situaciones «en que la valoración del comportamiento posesorio no evoca unívocamente un derecho subjetivo».

Ejemplo de posesión inexpressiva respecto del derecho que se ejercita, es sin duda la del usufructuario, por la amplia gama de posibilidades de exteriorización que no tiene por qué denotar el concepto posesorio, ya que tanto puede asemejar-

(8) Más radical todavía que la negación de la *usucapio pro haerede* en la sentencia del T.S. de 12 de abril de 1951, citada por A. M. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, pp. 268 y ss., y nota 191, Madrid, 1972.

(9) Incluso la *usucapio pro haerede* ordinaria con base en título putativo parece admitida por algún autor, como F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, p. 452, Madrid, 1959.

(10) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 13.

se al pleno dominio, como a la nuda propiedad, como sobre determinados objetos puede parecer el ejercicio de derechos reales de contenido menos amplio, como el uso o la habitación, e incluso confundirse con el ejercicio de derechos personales como el arrendamiento de cosas.

Por ello, para reconducir las posesiones del nudo propietario y del usufructuario a estos precisos conceptos posesorios, será imprescindible acudir al *animus* posesorio, a ese elemento en principio subjetivo que siempre habrá de ser expresivo de una relación jurídico real de las integradas por derechos subjetivos susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

Este *animus* posesorio entendido de modo estrictamente subjetivado, no sería otra cosa que la *opinio* o creencia del propio posidente, lo cual a efectos de usucapión encontraría una primera concreción en la necesaria referencia a este *animus* a los tipos de derechos subjetivos susceptibles de usucapión (11). Sin embargo, el concepto posesorio al que se refiere el artículo 1.941 del Código civil a efectos de usucapión, no es equivalente al *animus* posesorio subjetivamente considerado, sino al *animus* posesorio objetivado de acuerdo con la *causa possessionis* con la que ha de ser coincidente (12), como lo expresa con toda claridad el artículo 447 del Código civil: «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio».

Cierto es que las expresiones del Código civil no son del todo exactas, puesto que la posesión en concepto de dueño, del artículo 1.941 es más bien la posesión en concepto de dueño o de titular de cualquier otro derecho real usucapible, pero no se puede decir lo mismo de la expresión «posesión en concepto de dueño» de los artículos 432 y 447 del Código civil, porque en el primero de estos preceptos se contraponen a la posesión de quienes no son titulares dominicales, y por tanto se refiere al dominio en sentido estricto, al igual que el artículo 447 que nos habla de título para adquirir el dominio.

Por ello no es lícito ampararse en esa imprecisión terminológica para afirmar que el usufructuario es poseedor en concepto de dueño, ni mucho menos negarle al nudo propietario tal cualidad, porque tal situación sólo podría sobrevenir por intervención posterior del concepto posesorio por parte del usufructuario.

Así, en la hipótesis de un origen *mortis causa* del gravamen usufructuario, el concepto posesorio vendrá dado a los herederos en virtud del artículo 440 del Código civil en primer lugar por el concepto posesorio de su causante, y en segundo lugar por las disposiciones testamentarias o por la sucesión legítima, pero siempre con independencia de la voluntad de los herederos. En suma, el concepto en que se adquiere la posesión estará objetivado en el título de atribución de esa posesión, que no requiere especial cualificación jurídica y no se identifica con el justo título verdadero y válido que exigen los artículos 1.952 y 1.953 del Código civil para la usucapión ordinaria (13).

En consecuencia, aunque resulte un título putativo, inicialmente y hasta que se conozca su calidad de título no verdadero o inválido (14) o se intervenga el

(11) Cfr. A. MORALES MORENO, *ibidem*.

(12) Se trata de una necesaria coincidencia en la fase inicial de adquisición de la posesión, pues no es posible la intervención *ab initio* del concepto posesorio. Cfr. en tal sentido A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 95.

(13) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 95 *in fine*.

(14) Aunque la disposición *mortis causa* posteriormente revocada ha venido a con-

concepto posesorio, éste vendrá dado por la *causa possessionis*, sin que en este campo pueda de ningún modo intercambiarse la posición de nudo propietario y del usufructuario, es decir, sus respectivos conceptos posesorios (15).

Si por el contrario la situación jurídica real de usufructo tiene origen en negocios *inter vivos*, se trataría de un negocio de los llamados constitutivos, en el que si el usufructo es objeto directo del negocio, el usufructuario será causahabiente del nudo propietario, y por el contrario si se opera mediante transmisión de la nuda propiedad y reserva del usufructo, será el nudo propietario causahabiente del usufructuario, viniendo objetivado su *animus* posesorio respectivo por esta *causa possessionis* que es el negocio jurídico constitutivo, y en consecuencia condicionado su concepto posesorio hasta que medie interversión del mismo.

Hasta aquí, se ha contemplado el concepto posesorio en la fase inicial o de adquisición, objetivado por la *causa possessionis*, pero esta situación no es algo inmutable, aunque juegue en favor de su invariabilidad la presunción contenida en el artículo 436 del Código civil. En efecto, se trata de una presunción *iuris tantum* que admite en contrario la prueba de la interversión del concepto posesorio, interversión que requiere la posesión efectiva por quien va a mutar su concepto posesorio. No se pierde pues, la objetivación del *animus* posesorio, pero ésta ya no vendrá dada por la causa de adquisición, sino por esa transformación de la posesión que doctrinalmente se conoce como interversión en cualquiera de las formas.

Es posible, en primer lugar, la interversión bilateral, que en el caso de la propiedad gravada con usufructo se producirá por un negocio que transmita al usufructuario la nuda propiedad acarreado la extinción del usufructo por consolidación a través de la *traditio brevi manu*. También es imaginable el supuesto contrario de negocio jurídico que sin *traditio* efectiva cambie el concepto posesorio del usufructuario en sentido restrictivo, hacia derechos reales de contenido menos amplio o incluso derechos personales, a través del *constitutum possessorium*, careciendo de interés los demás supuestos de extinción del usufructo que acarrearían sin más la transformación del concepto posesorio del usufructuario hacia la situación de mero precarista (*pro possessore*).

Cabe, sin embargo, la duda acerca de la posibilidad de que a través de la interversión pueda el usufructuario pasar a poseer para otro poseedor mediato distinto del originario, ya que por definición, el nuevo poseedor mediato no pudo transmitir una posesión que no tenía. Morales Moreno, acertadamente, se inclina en favor de la respuesta afirmativa, pues el nuevo poseedor mediato podrá hacer *traditio brevi manu* (16).

vertirse en el título putativo por antonomasia, son atendibles las razones de Scaevola para considerarlo título real y existente, aunque no apto para inducir usucapción ordinaria por ser inválido. Cfr. Q. M. SCAEVOLA: *Código civil*, tomo XXXII, vol. 1.º, pp. 606 y ss., Madrid, 1965.

(15) Por ello, a pesar de tratarse de una cuestión principalmente terminológica, para evitar consecuencias indeseables, parece preferible reservar la expresión «concepto de dueño» del artículo 432 del Código civil, para los títulos dominicales en sentido estricto. En parecido sentido parecen pronunciarse G. GARCÍA VALDECASAS (*op. y loc. citas.*), A. MARTÍNEZ PÉREZ (*La posesión*, p. 67, Zaragoza, 1958), e incluso J. V. BALLEST DE GOYTISOLO (*op. cit.*, p. 47).

En contra, A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 77, nota 8; y, en cierta medida, la sentencia del T.S. de 26 de marzo de 1986 cuyo razonamiento se comenta:

(16) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 102, nota 67.

La respuesta afirmativa es también obvia en los usufructos constituidos *mortis causa* a partir del momento en que claudique la titulación del nudo propietario aparente, en beneficio del *verus haeres* de la nuda propiedad, pero lógicamente estaremos ya fuera del supuesto de interversión bilateral.

También es admisible la interversión unilateral, lógicamente sólo a efectos de usucapición extraordinaria, tanto en perjuicio del nudo propietario como del usufructuario, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1.941 del Código civil (17).

Y, por último, se puede diferenciar la interversión impuesta, dentro de la cual habría que considerar no sólo la resultante de una sentencia, sino también la resultante del conocimiento de la inexistencia de la *causa possessionis* si ésta hubiese sido putativa, cual ocurre en el caso resuelto por la sentencia de 26 de marzo de 1986, en que el usufructuario resulta ser titular del pleno dominio a título de legatario en virtud de la aparición del testamento conteniendo voluntad verdaderamente última del causante.

Así las cosas, es innegable que sea cual sea la *causa possessionis* inicial, ésta va a determinar el concepto posesorio objetivando el *animus* posesorio de los sujetos que intervengan en la relación jurídica de usufructo, y que en consecuencia el nudo propietario, lo sea o no realmente, es el único sujeto con posesión susceptible de desembocar en la prescripción adquisitiva del dominio, en el plazo que se requiera según las restantes circunstancias de su posesión, en tanto no medie alguno de los sucesos que reciben el nombre de interversión.

Razonar en sentido contrario como lo hace la sentencia de 26 de marzo de 1986 es ampararse en el significado equívoco de la expresión «en concepto de dueño», para desnaturalizar un instituto como la prescripción en sus dos vertientes adquisitiva y extintiva, y dejar a salvo de ellas a quien, poseyendo en concepto de usufructuario durante más de treinta años, carecería de cauce procesal para hacer valer su titulación correspondiente al dominio pleno, a no ser que se resucitase la acción rescisoria del dominio para los supuestos en que el *verus dominus* no pudo accionar por desconocer su cualidad de tal.

Tal vez por lo infundado de tal interpretación, excluida por el artículo 1.932 del Código civil, el razonamiento haya tenido que terminar por negar a la nuda propiedad el carácter de derecho real usucapible, también infundadamente como se intentará demostrar en apartado siguiente.

4. EL SIGNIFICADO DE LA POSESION PUBLICA EN RELACION CON LA POSESION DEL NUDO PROPIETARIO

La argumentación para privar a la posesión mediata, o posesión del derecho de propiedad si se quiere, del nudo propietario, de virtualidad de generar usucapición, se basa principalmente, como se desprende del fundamento de derecho de la sentencia de 26 de marzo de 1986 arriba reproducido, en que tal posesión no tiene el requisito de publicidad exigido por el artículo 1.941 del Código civil.

Tal afirmación, no es desde luego sostenible con carácter general, pues aun cuando se identifique tal publicidad con el ejercicio *ad extra* del derecho, no

(17) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 104.

sería posible predicar el carácter meramente formal de la nuda propiedad en todo caso, por las razones que más tarde se examinarán.

Pero, ocurre además, que ni siquiera en aquellos casos concretos en que la nuda propiedad carezca de exteriorización posesoria, podría decirse con propiedad que no concurre la publicidad exigida a la *possessio ad usucapionem* por el citado artículo 1.941 del Código civil.

En efecto, identificar publicidad con ejercicio *ad extra* de un derecho, es interpretar este requisito de modo excesivamente restrictivo, como una publicación *erga omnes* de una situación posesoria siempre material, necesitada siempre de *corpus* posesorio.

Que esta interpretación no es conforme con los rasgos de la posesión en nuestro ordenamiento, es algo que salta a la vista, siendo además especialmente incompatible con la posesión *ad usucapionem*, que nunca se presenta como una situación jurídica absoluta, oponible *erga omnes*, como lo sería el dominio o cualquier otro derecho real perfecto y no claudicante. Así, la usucapión consumada priva de su derecho al *verus dominus* convirtiéndose en propiedad u otro derecho real, protegido ya por las acciones reales típicas, pero entre tanto se llega a tal consumación, la posesión es una situación jurídica claudicante, eminentemente relativa (18), es decir, protegida frente a poseedores de peor condición pero nunca frente al *verus dominus*, por las acciones interdictales y por la acción publiciana.

Esta relatividad de la situación o derecho posesorio, no puede dejar de impregnar su exteriorización, que tampoco podrá entenderse de modo absoluto a pesar del tenor literal no suficientemente explícito del artículo 1.941 del Código civil.

Así, el requisito de publicidad, la «posesión pública», como acertadamente explica A. Morales Moreno (19), no equivale sin más a la ausencia del vicio de clandestinidad que señala el artículo 444 del Código civil, sino que añade un rasgo adicional exigible a la posesión *ad usucapionem*, con distinto fundamento y razón de ser, ya que si el interés protegido por el artículo 444 del Código civil es fundamentalmente el del poseedor despojado en cuyo favor se considere clandestina la nueva tenencia, el interés protegido por el requisito de publicidad del artículo 1.941 del Código civil es el interés del verdadero titular «porque la ausencia de publicidad le impediría llegar a conocer la posesión prescriptiva, cosa que le resulta necesaria para poderla interrumpir» (20).

Así pues, la propia finalidad del requisito denota su relatividad señalándonos una persona concreta frente a quien ha de operar: el *verus dominus* o el verdadero titular del derecho que se está usacapiendo.

Esta misma conclusión se alcanza si se examinan los antecedentes del requisito de publicidad en normas de nuestro antiguo Derecho, menos concisas, pero más expresivas que el artículo 1.941 del Código civil, como por ejemplo el Fuero Real 2.11.1, recogida en la Novísima Recopilación 11.8.3. que concedían virtualidad preclusiva de los juicios sumarios a la posesión de año y día «en faz y paz

(18) Cfr. J. DE LA CUESTA SAENZ: *La acción publiciana*, p. 24, Madrid, 1984, con respecto a la posesión apta para generar usucapión ordinaria, y *a fortiori* respecto de la posesión de buena fe con base en título putativo.

(19) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 163.

(20) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 165.

del demandador», pues en ellas se indica inequívocamente frente a quien había de ser pública la posesión.

Por tales razones, no puede interpretarse el requisito de publicidad del artículo 1.941 del Código civil como si solamente pudiera cumplirse cuando haya un conocimiento general de la posesión (21), y partiendo de que sólo le es exigible a la publicidad posesoria con vistas a la usucapión un carácter relativo respecto del hecho posesorio y del concepto en que se posee, queda claro que tal requisito siempre se cumplirá frente al usufructuario (como ocurre en caso resuelto por la sentencia de 26 de marzo de 1986) en tanto no medie interversión por su parte.

Frente a un hipotético *versus dominus* ajeno a la relación de usufructo, en principio beneficiará al usucapiente de la nuda propiedad la exteriorización posesoria consistente en el disfrute del usufructuario que reconoce su dominio, porque la situación del nudo propietario no es hasta tal punto pasiva y meramente formal como para que transcurran los plazos de la usucapión sin que el *versus dominus* se percate de que su titularidad no es reconocida por ese usufructuario que está poseyendo para otros: más bien habría que pensar que la situación formal meramente y absolutamente privada de contenido es la del *versus dominus* que no interrumpe la posesión mediata del usucapiente, tanto si el *versus dominus* es titular del pleno dominio, como si a su vez es nudo propietario.

En efecto, la relación jurídica de usufructo presenta *ad extra* algo más que el goce y disfrute del usufructuario, porque de la regulación de los artículos 467 y siguientes del Código civil no se deduce que la posición del nudo propietario sea simplemente simbólica, aunque por tratarse de normas subsidiarias, el título constitutivo pueda variar significativamente en uno u otro sentido el papel del nudo propietario.

Pero prescindiendo de los infinitos matices que la autonomía de la voluntad puede introducir en la cuestión, conviene hacer un breve examen de la regulación del Código civil, para verificar o rechazar ese pretendido carácter formal de la nuda propiedad.

a) En cuanto al uso normal de la cosa como forma de exteriorizar la posesión, cierto es que en principio corresponde exclusivamente al usufructuario, pero ello no quiere decir que la relación entre el nudo propietario y el usufructuario, que podríamos calificar como de reconocimiento del primero por el segundo, permanezca forzosamente oculta, porque el nudo propietario puede mantener cierto contacto con la cosa sin quebrantar los límites que le impone el artículo 489 del Código civil: no alterar su forma y sustancia (paralelo al límite del disfrute por el usufructuario), ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario.

Es más, dado que el usufructo se puede modificar por el mal uso de la cosa en los términos del artículo 520 del Código civil, hay que considerar que dentro de las facultades del nudo propietario estará la de inspeccionar la conducta del usufructuario, lo cual puede tener importante proyección *ad extra*, suficiente desde luego, en muchos casos para cumplir con el requisito de publicidad relativa del artículo 1.941 del Código civil (22).

(21) Cfr. A. MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 169.

(22) Tal enumeración de derechos y obligaciones del nudo propietario es la que hace F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, p. 483, Madrid, 1959. Desde luego, vista en globo la regulación del Código civil, y especialmente la limitación del art. 489, está claro que el nudo propietario, salvo que el título constitutivo así

Lo mismo puede decirse de otras facultades del nudo propietario como las contempladas en los artículos 500 (reparaciones ordinarias) y 503 del Código civil (obras, mejoras y plantaciones), sin que quepa olvidar tampoco que las obligaciones que le imponen los artículos 501 y 505.1 del Código civil, pueden tener a la nora de su cumplimiento, una facticidad y proyección *ad extra* nada desdeñable y con cierta continuidad en el tiempo.

Por último, y en materia de servidumbres, el artículo 595 del Código civil nos muestra una nueva faceta del ejercicio del derecho de nuda propiedad con trascendencia posesoria que va más allá de lo que puede una titularidad formal y sin proyección posesoria, pues dentro de los límites señalados por este precepto, coincidentes con los del artículo 489 del Código civil, el nudo propietario podrá imponer servidumbres, y hay que pensar que en esta facultad se hallarán comprendidos todos los cauces posibles, incluidos los propios de las servidumbres aparentes y por lo tanto la llamada destinación del padre de familia, pues ésta puede ser la proyección hacia el futuro de algunas de las obras y mejoras realizadas por el nudo propietario al amparo del artículo 503 del Código civil.

b) En cuanto al disfrute propiamente tal, tampoco puede decirse en términos absolutos que la nuda propiedad sea un derecho meramente formal, que no pueda presentar exteriorización posesoria, ya que, en ciertos usufructos especiales, como el regulado por el artículo 477 del Código civil, aunque no puede hablarse de disfrute por el nudo propietario, en sentido técnico, la solución adoptada por el Código civil conduciría a una clara exteriorización de las facultades del nudo propietario, a través de la percepción de la mitad de las utilidades (23).

Por otra parte, no hay que olvidar que hay una fuerte corriente doctrinal favorable a la posibilidad de constituir usufructos sobre la nuda propiedad en contra del criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 1910 (24), opinión que se fundamenta en atendibles argumentos sobre el contenido de la nuda propiedad, que a su vez, son aptos para demostrar la inconveniencia de excluir *a priori* y de modo general la exteriorización posesoria de la nuda propiedad.

Por todas estas razones, parece imposible reducir la nuda propiedad al esquema de un derecho subjetivo exclusivamente formal, cuyo único parecido con el dominio sería desde el punto de vista externo el derecho de disponer y la facultad de reivindicar, por estar absolutamente privado del goce a que se refiere el artículo 348.1 del Código civil. Es posible, pues, la exteriorización posesoria de la nuda propiedad, no sólo por la vía de la posesión mediata, sino también por ciertos aspectos de inmediatez posesoria que pueden concurrir, y que en cierto modo, en los conflictos entre nudo propietario y usufructuario que intervierte su título,

lo disponga, no queda subsumido dentro del «sujeto pasivo universal», y en consecuencia, no puede ser excluida por el usufructuario cualquier actividad del nudo propietario con referencia a la cosa: la publicidad relativa frente al *versus dominus* en su caso, o frente al usucapiente de otro derecho real sobre la cosa, estaría suficientemente cumplida con el ejercicio de cualquiera de estos derechos, o simplemente con el cumplimiento de la obligación del art. 505.1 del Código civil; es decir con el pago de la contribución territorial, en el usufructo sobre inmuebles.

(23) Otro tanto podría decirse de cada uno de los usufructos especiales contemplados por el Código civil.

(24) Cfr. por todos, B. MORENO QUESADA: *El usufructo de la nuda propiedad*, en «A.D.C.» 1959, pp. 535 y ss.

marcarán con su cese y el transcurso de un año del artículo 460.4 del Código civil, el inicio de una verdadera posesión en concepto de dueño por parte del que venía poseyendo como usufructuario.

5. USUCAPION DE LA NUDA PROPIEDAD Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Deliberadamente se ha prescindido hasta el momento de la influencia decisiva que los peculiares principios del Derecho Inmobiliario Registral pueden tener en el supuesto de que el usufructo se haya constituido sobre un bien inmueble que haya accedido al Registro de la Propiedad.

En principio, la regulación de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria, no ofrecen obstáculos a la usucapión de la nuda propiedad, sino muy al contrario, cuando se trate de usucapión *secundum tabulas*, pero al lado de estos supuestos habremos de examinar otros, como la *usucapio contra tabulas* y la *usucapio libertatis*, de perfiles más problemáticos.

a) *Usucapio secundum tabulas* (25). El nudo propietario que tenga inscrito su derecho se verá sin duda favorecido por la presunción o mejor por las presunciones que se consagran en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria. No quiere decir esto que la inscripción supla al justo título para la usucapión ordinaria, porque dada la importancia del título *pro haerede* en la nuda propiedad, no es imposible que el nudo propietario sea un heredero aparente que tan sólo podría beneficiarse de la usucapión trentenal (26). Pero es indudable que sí que tendrá repercusión en la objetivación del *animus* posesorio y consiguientemente, del concepto posesorio a efectos de usucapión, es decir, del derecho subjetivo que se va a adquirir (27), por afectar simultáneamente al usufructuario, cuyo concepto posesorio se hace más difícil de intervertir.

Podría incluso conjeturarse si el artículo 35 de la Ley Hipotecaria permitiría la *usucapio pro haerede* ordinaria tanto al nudo propietario como al usufructuario con título putativo pero inscrito (28), por una especial eficacia de la buena fe, en la integración del título, pero la respuesta a este interrogante excede de los propósitos de este trabajo, por lo que basta retener como notas de la eficacia

(25) Deliberadamente se emplea la expresión *usucapio secundum tabulas*, en lugar de la expresión usucapión tabular, por referirse exclusivamente al supuesto de concordancia entre lo publicado por el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral, en la que el nudo propietario es también un poseedor verdadero, con disponibilidad efectiva de algunas de las relaciones de la cosa, y no un mero titular formal que sólo pudiese disponer de su derecho.

(26) Cfr. en tal sentido, respecto de la *usucapio pro haerede* en general, J. DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, p. 279, Barcelona, 1965.

(27) De nuevo es preciso indicar que no se trata de identificar la inscripción con el justo título para la usucapión, sino simplemente de conceder a las presunciones de los arts. 35 y 38 de la L.H. un efecto relativo que se traduciría en la traslación de la carga de la prueba hacia el *verus dominus* extrarregistral, o simplemente en recalcar la incumbencia de la prueba sobre el poseedor que haya intervertido su título o su concepto posesorio. En tal sentido cfr. A. MORALES MORENO: *La inscripción y el justo título de la usucapión*, en «A.D.C.», 1971, p. 1131 y nota 24.

(28) Así lo hace, aunque a efectos de reducir el absurdo la equiparación entre inscripción y justo título, A. MORALES MORENO: *La inscripción y el justo título de la usucapión*, cit., p. 1135.

de la inscripción en favor del nudo propietario *in via usucapiendi* esa objetivación del concepto posesorio ya indicada, junto con la presunción de publicidad y carácter pacífico de la posesión del titular registral, así como su no interrupción, sin llegar a afirmar que la inscripción llegue a suplir la inexistencia o falta de realidad del título, convirtiendo en ordinaria la que habría de ser prescripción trentenal.

En el caso del nudo propietario *pro haerede*, la presunción de buena fe del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no cabe duda de que se superpone con la presunción del artículo 434 del Código civil y con la irrelevancia de los vicios de la posesión del causante consagrada por el artículo 442 del Código civil, permitiendo en este caso la transmutación de la usucapión extraordinaria en ordinaria, al independizar la situación del heredero de la de su causante (29).

En consecuencia, el que se requiera en todo caso posesión efectiva aun para esta usucapión *secundum tabulas*, no puede ser entendido como un obstáculo para la usucapión de la nuda propiedad por las mismas razones expuestas anteriormente para los supuestos que se desenvuelven con absoluta independencia del Registro de la Propiedad, pues tanto si se concibe como posesión mediata, como si se concibe como posesión del derecho de propiedad, no es posible negar toda posesión efectiva al nudo propietario, sin violentar las bases sobre las que nuestro Código civil articula la concurrencia de posesiones. Por ello, el nudo propietario se verá favorecido por las presunciones del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, tanto si ha de acudir a la usucapión ordinaria como si ha de acudir a la usucapión extraordinaria (30), sin que pueda olvidarse que, como señala Roca Sastre (31), el juego de las presunciones *iuris tantum* del citado precepto, no es sino supletorio de la más enérgica protección que la fe pública registral puede deparar a los adquirentes amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de modo que el adquirente de la nuda propiedad que reúna las condiciones exigidas al llamado tercero hipotecario, ni siquiera habrá de acudir a la usucapión pues su posición resulte inatacable *ab initio*.

b) *Usucapio contra tabulas*. Para este supuesto habría que repetir en principio la misma argumentación, porque la regla general que contiene el artículo 36 de la Ley Hipotecaria hace posible la usucapión en contra del titular registral y la somete además a la regla del Derecho Civil puro. Es, por otra parte, razonable entender, como lo hace Roca Sastre (32), que se trata de usucapión en cualquiera de sus clases, sin exclusión de la usucapión ordinaria, ya que es perfectamente concebible la buena fe del usucapiente aun en contra de lo publicado por el Registro.

No hay, por tanto, ni régimen peculiar, ni diferencia alguna en el supuesto de hecho considerado en sí mismo, ya que el *verus dominus*, aun siendo titular registral, no le favorecen las presunciones posesorias del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, por no gozar de posesión efectiva, y por otra parte los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se detienen *in limne litis*, sin que puedan afectar

(29) Cfr. en tal sentido A. MORALES MORENO: *La inscripción...*, cit., nota 29 *in fine*.

(30) Cfr. en tal sentido R. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, p. 17, Barcelona, 1968.

(31) Cfr. R. ROCA SASTRE, obra y lugar citados.

(32) Cfr. R. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

a la usucapión consumada, de acuerdo con el artículo 36.3, de la Ley Hipotecaria.

Pero, junto a esta regla general, el artículo 36.1, de la Ley Hipotecaria, establece dos excepciones en las que la usucapión consumada o en curso no perjudicará al tercer adquirente definido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; a su vez esta especial protección del tercero hipotecario cesará: a) «Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición.»

En consecuencia, fuera de los restringidos límites en que la usucapión no puede perjudicar al tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que concluir que también será posible la prescripción de la nuda propiedad frente al titular inscrito, pues por las razones expuestas a lo largo del trabajo, es claro que su posesión puede ser pública frente a él, incluso en el supuesto a) del artículo 36.1 de la Ley Hipotecaria, pero cabe preguntarse si sería posible la separación de las posesiones del nudo propietario extrarregistral y del usufructuario de modo que éste pudiese usucapir su derecho por separado. La respuesta tiene que ser forzosamente negativa, pues ambas posesiones no son sino distintos aspectos de una sola relación jurídica, en tanto no medie interversión del título posesorio por parte del usufructuario para convertirse en poseedor en concepto de dueño, y comenzar a usucapir (un año después) en perjuicio del titular registral y del usucapiente *contra tabulas* de la nuda propiedad: no es pues poseedor «de hecho y a título de dueño» en el sentido del artículo 36.1.a) de la Ley Hipotecaria, el usufructuario aisladamente considerado, si no ha dejado de reconocer al nudo propietario extrarregistral, y sólo desde que se extinguiere la posesión mediata de éste por el transcurso del plazo de un año del artículo 460.4 del Código civil. De no mediar este fenómeno; la suerte de ambos poseedores *ad usucapionem* habrá de ser la misma: conumar la usucapión *contra tabulas* de sus respectivos derechos, o ver interrumpida su posesión simultáneamente por cualquiera de los medios de que dispone al efecto el titular registral.

c) Usucapión liberatoria. No cabe duda de que el titular inscrito del dominio pleno, que ostente además la posesión efectiva de las cosas, verá extinguirse los gravámenes que recaigan sobre la misma, no sólo en virtud de una *usucapio libertatis secundum tabulas*, sino también del efecto coincidente de la prescripción extintiva que el no uso implica en materia de derechos reales limitados. El resultado será que el dominio alcance su plenitud por confusión, a no ser que con anterioridad se ejercite por titular extrarregistral del usufructo una acción confesoria tendente a la interrupción civil de la posesión del nudo propietario y simultáneamente a la rectificación de lo publicado por el Registro.

No tan favorable será la situación del nudo propietario que se enfrente a un usufructuario cuyo derecho conste registralmente, pero ciertamente también será posible la usucapión liberatoria coincidente con la extinción por no uso del derecho real limitado.

Incluso, la usucapión *contra tabulas* consumada simultáneamente para un nudo propietario y un usufructuario extrarregistrales, perjudicará a terceros adqui-

rentes (del usufructo), por tratarse de derechos que implican facultad de inmediato disfrute y además incompatibles, de acuerdo con el artículo 36.4 de la Ley Hipotecaria.

Pero, lo cierto es que los dos primeros supuestos no son en rigor de usucapión de la nuda propiedad, por serlo más bien del pleno dominio, y el tercero es absolutamente idéntico a la *usucapio contra tabulas* ordinaria, sin efecto extintivo del gravamen extrarregistral, aunque extinga el usufructo constante en el Registro de la Propiedad.

De nuevo, estamos ante una consecuencia de la indisociabilidad de las posesiones *ad usucapionem* concurrentes del nudo propietario y del usufructuario, circunstancia ésta que se dará en tanto no se interviera el concepto posesorio del usufructuario por pasar a poseer en concepto de dueño, o a reconocer el dominio en otro nudo propietario.

Por último, merece capítulo aparte, aunque haya sido ya mencionada, la prescripción extintiva, la extinción por el no uso, ya que al afectar únicamente, al usufructo y no a la nuda propiedad, pese a tratarse de un supuesto difícil de imaginar, puede suministrar importantes datos sobre la esencia del problema. En efecto, si hasta aquí hemos mencionado la indisociabilidad de las situaciones del nudo propietario y del usufructuario, ha sido en supuestos de relación de ambos con terceros (el *versus dominus* contra quien se prescriba), indisociabilidad ésta que tiene cierta confirmación en la causa 6.^a de extinción del usufructo que recoge el artículo 513 del Código civil.

El límite de esta indisociabilidad vendría dado desde el punto de vista posesorio, por la intervención del concepto posesorio, pero lógicamente fuera del ámbito de las relaciones de ambos titulares con terceros, es decir, en lo que podríamos calificar como relación interna. Por ello, el no uso, la falta de efectividad posesoria en el usufructuario acarrea la extinción de su derecho, pero no la extinción de la nuda propiedad. Puede decirse, y de hecho así se explica este fenómeno por la generalidad de los autores, que ello acaece en virtud del carácter perpetuo de la propiedad (33), que se puede transmitir pero no extinguirse, lo cual no es del todo cierto, especialmente en un ordenamiento como el nuestro que prevé la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria con independencia de que haya habido o no usucapión consumada (34). Más bien habría que entender tal perpetuidad en el sentido de que la propiedad concede a su titular derecho a la utilización perpetua de la cosa, se utilice o no, y a su reivindicación frente a otros poseedores dentro del plazo de 6 ó 30 años, según su objeto, a no ser que en plazo menor haya nacido otro derecho de propiedad por consumación de usucapión ordinaria.

La consecuencia de todo ello es que la situación del usufructuario depende del derecho del nudo propietario hasta que se convierte en posesión autónoma por intervención del concepto posesorio, pero por el contrario, la situación posesoria del nudo propietario no requiere exteriorización ni inmediata, ni mediata a través del usufructuario para subsistir y para consolidarse en el caso de ser una titularidad claudicante, *infirma*, o dicho de otro modo, la nuda propiedad

(33) Cfr. en tal sentido R. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 50, nota 1.

(34) Cfr. en tal sentido M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales y Derecho hipotecario*, p. 67, nota 4, Madrid, 1986.

se adquiere y se pierde exactamente de la misma forma que se adquiere y pierde el pleno dominio, porque esencialmente son una y la misma cosa.

6. CONCLUSION

Partiendo de los razonamientos hasta aquí expuestos, se puede intentar sintetizar los rasgos principales de la posesión *ad usucapionem* del titular (lo sea realmente o no) del dominio gravado con usufructo desde distintos puntos de vista, procurando abarcar la gama más amplia posible de supuestos.

En primer lugar, desde el punto de vista del contenido del derecho, habría que intentar precisar el significado de algunas expresiones usuales, porque puede condicionar el cabal entendimiento de los problemas que se plantean. En efecto, uno de los institutos jurídicos estudiados es la nuda propiedad, la propiedad gravada con usufructo para emplear la terminología de nuestro Código civil. ¿No estará condicionada la representación que podemos hacernos de la situación del propietario por el añadido doctrinal del calificativo «nudo»? La respuesta habrá de ser afirmativa, porque sin entrar en el examen de la gestación doctrinal de esta expresión de raigambre latina, no puede dudarse de que induce inconscientemente a representarse la situación del nudo propietario como una titularidad formal, una especie de versión moderna del *nudum ius Quiritium* del Derecho Romano, sin que ello tenga ningún apoyo en el Derecho positivo, porque si bien es cierto que el usufructo es el derecho real en cosa ajena de más amplio contenido, ni éste ha de ser siempre el máximo, ni ello puede desnaturalizar el derecho de propiedad privándole de toda proyección posesoria.

Pero, tal vez los excesos en ese sentido no derivan únicamente de una lectura del texto legal mediatizada por el nombre doctrinal del dominio gravado con usufructo, sino también de una concepción analítica del derecho de propiedad como suma de facultades, esa concepción «trinitaria» del *ius utendi fruendi et abutendi* que denunciaba ya Vareilles-Sommiers en la doctrina francesa de comienzos de siglo (35), como desviación indeseable, que conduciría a apreciar la existencia de una figura jurídica esencialmente distinta en el dominio privado de las dos primeras facultades, el *uti* y el *frui*, como si resultasen esenciales para el derecho de propiedad. Ciertamente que a tal concepción de la propiedad presta su complicidad nuestro artículo 348 del Código civil como también lo hace el artículo 544 del Código civil francés, pero de ninguno de estos preceptos puede deducirse que para que una cosa sea apropiable, sea objeto del derecho de propiedad, haya de ser susceptible de uso y disfrute, ya que las cosas no fructíferas, aunque tampoco puedan ofrecer utilidad apreciable, son también objeto del derecho de propiedad. Es pues, el derecho de propiedad el más importante y amplio de los derechos reales, pero a menudo, casi generalmente, se nos presentará como incompleto en virtud de limitaciones o restricciones de Derecho privado, límites y restricciones de Derecho público o incluso pura y simplemente limitado por la naturaleza de las cosas sobre que recae.

Su contenido, en consecuencia, habrá de concretarse en cada caso de modo negativo (36): el propietario podrá ejercitar todas las facultades que no tenga pro-

(35) Cfr. M. DE VAREILLES-SOMMIERES: *La définition et la notion juridique de la propriété*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1905, pp. 486 y 487.

(36) Cfr. M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 44.

hibidas. Esto es lo que expresa perfectamente el artículo 489 del Código civil en relación con la propiedad gravada con usufructo: «El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». Ello es tanto como decir que la propiedad gravada con usufructo es el derecho de obtener en principio todos los servicios de la cosa excepto aquéllos que durante cierto tiempo competen al usufructuario, porque continúa respondiendo a la definición del derecho de propiedad (37), y si le aplicamos el calificativo de nuda propiedad, es porque generalmente en tanto dure el usufructo será escaso el poder actual del propietario sobre la cosa.

Hechas estas precisiones, conviene examinar en segundo lugar, recapitulando lo expuesto, el tema de la posesión en los supuestos de propiedad gravada con usufructo, en los que, como se ha visto, no se puede excluir con carácter general la posibilidad de actividad posesoria del nudo propietario. Lógicamente, en los supuestos en que así ocurra, puede haber coposesión, continuada, o al menos eventual al ejercitarse ciertas facultades que conserve el nudo propietario.

Cuando no haya efectivamente coposesión ni continua ni eventual, o en los períodos en que no la haya, habrá concurrencia de posesiones, de modo que el nudo propietario será poseedor mediato, o poseedor del derecho de propiedad, y, sea cual sea la construcción de esta concurrencia de posesiones que se prefiera, el nudo propietario será poseedor *ad usucapionem* hasta que su posesión sea interrumpida por el *verus dominus*, mientras posea el usufructuario para él.

Si el usufructuario no posee, ello no quiere decir que automáticamente se haya de concluir en el sentido de que tampoco posee el nudo propietario, porque éste puede ostentar una posesión incorporal o un *corpus* espiritualizado, como resulta de los siguientes supuestos:

a) Si en el usufructo constituido *mortis causa*, el usufructuario no entra en posesión no habiéndolo hecho tampoco materialmente el nudo propietario, es claro que éste se beneficia de la posesión civilísima del artículo 440 del Código civil, siempre que sea heredero, y no heredero aparente (38), continuando la posesión del causante *ad usucapionem*.

b) Si habiendo comenzado a poseer el usufructuario, dejase después de hacerlo, el nudo propietario continuará siendo poseedor incorporal hasta después de transcurrido un año desde que otro comenzase a poseer, de acuerdo con el artículo 460.4 del Código civil, y le asiste cuando ya no pueda ejercitar acciones interdictales, la acción publiciana para reclamar su mejor derecho a poseer frente al nuevo poseedor, interrumpiendo la posesión de éste con la demanda a que se refiere el artículo 1.947 del Código civil.

Además, la conducta descrita supondría por parte del usufructuario el incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 511 del Código civil, el

(37) Cfr. M. DE VAREILLES SOMMIERES, *op. cit.*, p. 468, donde desarrolla con gran acierto esta argumentación.

(38) Cfr. A. MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, *cit.*, p. 69 y nota 159. Tal vez en el caso resuelto por la sentencia del T.S. de 26 de marzo de 1986, tantas veces citada, este hubiese sido el fundamento adecuado del fallo, si en el caso, cosa que no se desprende de la sentencia, el heredero aparente no hubiese llegado a tener posesión efectiva en ningún momento, pero lo cierto es que en cualquier caso hubiera poseído a través del usufructuario que reconocía su dominio.

cual le hace responsable ante el propietario (en este caso el poseedor *ad usucapionem* y no el *versus dominus*) de los daños y perjuicios irrogados por terceros.

c) Si habiendo comenzado a poseer el usufructuario en concepto de tal, modificase con posterioridad su concepto posesorio a través de la interversión, no por ello dejaría el nudo propietario de ser poseedor hasta transcurrido un año, según los artículos 460.4 y 1.944 del Código civil, momento en el que se interrumpiría naturalmente su posesión, aunque dejando a salvo la posibilidad de una interrupción civil en cualquier momento por el *versus dominus* o quien alegue un mejor derecho a poseer. En este supuesto, aunque la posesión mediata cesaría desde el mismo momento de la interversión por dejar de poseer el usufructuario para el nudo propietario, este mantendría un *corpus* espiritualizado durante los plazos citados.

La conclusión que de todo ello puede derivarse, es que no hay en principio diferencia alguna entre el nudo propietario aparente y el poseedor *ad usucapionem* en concepto de titular del pleno dominio en cuanto a la pérdida de la posesión, salvo tal vez aquéllos que puedan derivarse de la garantía adicional que le presta la responsabilidad del usufructuario frente a las perturbaciones de terceros, casi idéntica, por otra parte, a la que incumbe el arrendatario según el artículo 1.559 del Código civil.

En suma, no parece posible a tenor de lo expuesto, expulsar la nuda propiedad del elenco de los derechos reales susceptibles de ser adquiridos a través de la prescripción ordinaria o extraordinaria, pues la posesión del nudo propietario puede cumplir todos los requisitos de la posesión *ad usucapionem* al igual que la de un no titular del pleno dominio. La ausencia de facticidad o posesión efectiva e inmediata no es obstáculo para ello, pues en ningún caso viene exigida por la regulación del Código civil, que además habla de prescripción y no de usucapión, tal vez para borrar esas connotaciones fácticas a que puede aludir el *usus*, y no es lícito identificar la publicidad exigida por el artículo 1.941 del Código civil con un contacto físico, continuo y *coram populo*, del usucapiente con la cosa.

Por último, respecto de la posesión del usufructuario, parece inadecuado calificarla como posesión en concepto de dueño sin ulteriores matizaciones. En este sentido, puede revestir cierta utilidad la distinción entre posesión de bienes y posesión de derechos que incorpora el propio artículo 432 del Código civil, tal y como la interpretaba Manresa (39). En efecto, para el citado autor, toda posesión de derechos incluye la posesión de los bienes, y así, el usufructuario, poseería la cosa, no en concepto de dueño, sino en concepto de tenedor, para disfrutarla, pero reconociendo «que la relación que el dominio representa reside, real o aparentemente, en otra persona» (40). Con ello, no se priva al usufructuario de toda posesión en concepto de dueño, y conducente a la usucapión, sino que simplemente se circunscribe su posesión en concepto de dueño al derecho de usufructo, de modo que, a su vez, el derecho de usufructo sería poseído en concepto distinto del de dueño, por otros sucesivos poseedores de la cosa (arrendatarios, etc.), éstos ya sin posesión *ad usucapionem*.

(39) Cfr. J. MANRESA NAVARRO: *Comentario al Código civil español*, tomo IV, p. 81, Madrid, 1895.

(40) Cfr. J. MANRESA NAVARRO, *op. cit.*, p. 86.

Es sin duda, la mejor manera de entender el precepto citado a los efectos de la prescripción adquisitiva, y también de otros aspectos de la propiedad gravada, porque, si consideramos al usufructuario poseedor de la cosa en concepto de dueño, cómo explicar su carácter de extraño a efectos del tesoro (art. 471 del Código civil) o los límites del arrendamiento por él contratado (art. 480 del Código civil, art. 114-12 LAU y art. 13 LAR), si no es porque él sólo posee en concepto de dueño su derecho de usufructo, con las limitaciones inherentes, y no la cosa en sí misma, de la que sólo es tenedor reconociendo el dominio en otra persona.

En suma, bien está que no se le niegue hoy al usufructuario la condición de poseedor, a diferencia de lo que aconteció en el Derecho Romano, en el que el único poseedor era el nudo propietario, pero resulta inadmisibles invertir los términos hasta tal punto de negar al nudo propietario uno de los más importantes efectos de la posesión, cual es la prescripción adquisitiva. Lo conveniente es considerar a ambos poseedores, el uno con posibilidad de adquirir por prescripción el dominio, y el otro con posibilidad de adquirir el usufructo, que es derecho que ha venido ejercitando.

Entenderlo de otro modo no es sino introducir confusión, porque en los supuestos en que el nudo propietario posea de modo inmediato la cosa en virtud de otro título, como el arrendamiento o el comodato, habría que reconocerla la posesión *ad usucapionem* que en otro caso se le niega, ya que posee de hecho y *ad extra*, e incluso podría quedar en segundo plano la *causa possessionis*. Ello supone en último término considerar la usucapión como una victoria de los hechos sobre el derecho, en la que el uso y el disfrute se legitimarían por sí mismos (41): la usucapión por el nudo propietario, no derivaría de su *causa possessionis*, sino del mero hecho de utilizar la cosa, dimanante en tal caso de un derecho personal.

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ

(41) Cfr., en contra de tales posturas, CH. ATIAS, en *Droits*, 1, 1985, p. 14.

**LA REVISIÓN DE LA RENTA POR PACTO ESTABILIZADOR
Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SEGUN EL ARTICULO 101
DE LA L.A.U.**

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 27 de octubre de 1986)

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones de los Tribunales.—2. El plazo de caducidad de la acción para exigir la revalorización de la renta.—3. Las disposiciones coyunturales limitativas de la revisión de la renta.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Por contrato de 1 de abril de 1976, las partes conciertan el arrendamiento de un local de negocio, cuya renta, en la cláusula décimotercera, se somete a la siguiente estipulación: «La renta libremente pactada entre las partes será objeto de revisión automática para adaptarla a las variedades en más o menos que experimente el coste de la vida, según los correspondiente índices del Instituto Nacional de Estadística, y Organó que le sustituye para la provincia de Oviedo, referido a los locales de negocio, cada dos años».

Pasados varios años, en el 1980 el arrendador exige al arrendatario la revisión de la renta y el arrendatario fundamenta la oposición a la demanda en las siguientes razones: 1.^a El no haberse aplicado las disposiciones coyunturales limitativas de la revisión de renta. 2.^a La irretroactividad del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 3.^a La caducidad de la acción para exigir la revalorización.

El Juez de Primera Instancia dicta sentencia y estima la demanda de la revisión de la renta en base a los siguientes razonamientos: a) Que la renta actualizada a que se refiere el contrato de 1 de abril de 1976 suscrito entre los litigantes será de 52.710 pesetas para el período comprendido entre el 1.º de abril de 1980 y 31 de marzo de 1982. b) Desde el día 1 de abril de 1982 hasta el 31 de marzo de 1984, la renta mensual será la de 61.890 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial estima el recurso, revoca la sentencia del Juzgado y absuelve a la parte demandada.

El arrendador interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual

casa y anula la Sentencia de la Audiencia y confirma en su integridad la dictada por el Juez de Primera Instancia, en base a los siguientes fundamentos de derecho: «Parece evidente el olvido del Juzgador, que tanto en lo que afecta a la actualización llevada a cabo por la actora respecto a la renta contractual determinante de que será base, para la del bienio 1980-1981, como los índices del costo de vida a tener en cuenta para dicho bienio y siguiente, no fue cuestionado por la parte demandada, cuya oposición a la demanda lo fundamentó en aquellos tres supuestos a los que se hizo referencia y, por tanto, dichas cuestiones, que lo son, renta inicial para la actualización del bienio 1980-1981, y respectivos índices de coste de vida para el mismo y siguiente, quedaron exonerados de toda carga probatoria, pasando a constituir hechos indiscutibles, incontrovertibles en el curso de apelación, por todo lo que resulta indudable que dicha sentencia de apelación incurre en el vicio del que se le acusa en el primero de los motivos del recurso, amparado en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en la violación del artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que si bien reconoce la existencia de aquel pacto, el que se hizo anteriormente, con su licitud, sin embargo, le niega sus efectos propios al hacerle depender de aquella doble «acreditación», improcedente tratándose de hechos que el Juzgador ha de tener como ciertos y existentes por el propio reconocimiento de los demandados; hechos que igualmente afectan a cuanto se refiere a la aplicación del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1978 y Real Decreto-Ley de 1 de octubre de 1980, por lo que procede la estimación de dicho motivo» y casar y anular la sentencia recurrida.

La sentencia tiene interés en cuanto que afirma la validez de la actualización de la renta que se pacta en un contrato de arrendamiento urbano, así como sus efectos conforme al índice del costo de vida. El criterio interpretativo sobre la no aplicación del artículo 101 de la L.A.U., para los casos de revisión de la renta por el pacto de cláusulas de estabilización, queda confirmado con el de anteriores sentencias, además de no alcanzar al caso de autos las limitaciones legales coyunturales en el porcentaje aplicable al índice estabilizador.

2. EL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCION PARA EXIGIR LA REVALORIZACION DE LA RENTA

Una vez más, el Tribunal Supremo confirma la validez y efectos del pacto estabilizador previsto por las partes contratantes en sus contrato, con el fin de conseguir que los efectos de las alteraciones monetarias, sobre todo la inflación, no disminuyan el poder adquisitivo de la suma inicialmente convenida como renta. Además aparecen las cuestiones secundarias limitativas respecto al modo de ejercicio de dicha revisión, así como a su contenido y efectos.

En cuanto al modo de ejercicio de la revisión de la renta, el arrendatario opone al arrendador que se le exijan periodos anteriores, por lo que invoca la disposición contenida en el artículo 101-1.º de la L.A.U., según la cual «la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan podrá ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efecto retroactivo». También, añade, que se produjo la caducidad de la acción del arrendador, conforme a la división 5.ª de dicho artículo 101 de la

L.A.U., donde establece que «la acción caducará dentro de los tres meses, a contar desde el día en que la negativa se hubiese producido» por el arrendatario.

Mientras que respecto al primer problema, en el caso de autos, según la sentencia, «no fue cuestionado por la parte demandada», ya que «la renta inicial para la actualización del bienio 1980-1981 y respectivos índices de costo de vida para el mismo y siguiente, quedaron exonerados de toda carga probatoria, pasando a constituir hechos indiscutibles, incontrovertibles en el recurso de apelación», en la segunda cuestión, respecto a la caducidad de la acción de revisión, confirma criterios anteriores de desestimación, en razón de que, «no es de aplicar la limitación de las elevaciones a las revisiones de rentas correspondientes a periodos anteriores a los afectados por tal limitación; porque la caducidad está pensada para aquellas revalorizaciones de rentas de acuerdo a los módulos legales fijados en el capítulo IX, más no para aquellas variaciones del costo de la vida pactadas por los contratantes, por lo que no resulta aplicable el plazo de caducidad establecido en el número 5.º del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos».

Efectivamente, este criterio jurisprudencial de no aplicabilidad del artículo 101 de la L.A.U. a las revisiones de la renta procedentes de un pacto de las partes que establecen una cláusula de estabilización, limitado exclusivamente a las revisiones procedentes u ordenadas por la ley, se dilucida ya en las sentencias de 8 de febrero de 1957, 19 y 30 de diciembre de 1966, 9 de noviembre de 1972, 10 de febrero de 1973, 29 de octubre de 1973, 18 de enero de 1974, 25 de septiembre de 1976, 10 de febrero de 1977, 26 de marzo de 1982 (1), 19 de junio de 1985, 13 de mayo y 12 de junio de 1986. Las razones tienen como fundamento en el supuesto legal la perentoriedad y los plazos concretos que concede la ley en el caso de que se proceda «para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan» (art. 101 L.A.U.), mientras que en los casos voluntarios de revisión se sigue lo que las partes hubieran convenido de modo expreso por «otro sistema de estabilización» (art. 100-1 L.A.U.), que puede ser no sólo su aumento, sino también su reducción.

En el caso de las revisiones legales de elevación de la renta éstas operan en base al imperativo o mandato legal que las dispone, por lo que han de atenerse a los requisitos y límites concretamente señalados en la norma; estamos ante plazos de caducidad para el ejercicio de la acción. En cambio, las revisiones voluntarias de la renta proceden de un pacto o cláusula de estabilización que, en principio, implican una modificación de la naturaleza de la propia relación obligatoria, al establecerse una novación modificativa del objeto de la prestación, por la cual, una deuda pecuniaria de suma o cantidad se convierte en una deuda de valor que opera en función del índice económico elegido por las partes para el cálculo de la cuantía actualizada de la renta, según el nivel medio de vida o de consumo, etc. Mientras que la revisión en base a una disposición legal cuenta con unos plazos determinados, la que se produce por convenio de las partes nace conforme a los momentos pactados o, según suelen expresarse, la renta «será objeto de revisión automática» o «sin requerimiento alguno», si bien, como tiene aclarado la propia jurisprudencia, «es cierto que la cláusula de revisión exime de requeri-

(1) Cfr. FUENTES LSTRES, A.: *El silencio del arrendatario ante la notificación de aumentos de renta pactados por cláusulas de estabilización (Comentario a la Sentencia del T. S. de 26 de marzo de 1982)*, en «Administración Rústica y Urbana», 48 (abril-junio, 1983), pp. 3 y ss. .

miento, ello no quiere decir sino que, en efecto, no será preciso el mismo para que pueda nacer o ejercitarse el derecho de revisión pactado en el contrato, pero sí que será necesario el ejercicio del mismo para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, justamente porque la revisión opera anualmente» (S. 19 junio 1985), o cada dos años, etc., según se haya convenido. Al carecer de plazo para el ejercicio de la revisión no se produce la caducidad en el ejercicio de la acción, aunque sí se deja pasar un tiempo no prudencial, o años, para su exigencia o reclamación, la misma jurisprudencia entiende que hay un abandono de tal revisión o un ejercicio anómalo del derecho, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de una deuda o prestación excesiva, impensada o no esperada que le puede ser sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar (Ss. 19 junio 1985 y 23 junio 1986).

Cuando el arrendador, a pesar de haber pactado la revisión de la renta cada dos años, como en el caso de autos, no la ejercita en los períodos convenidos y sí lo hace en otros posteriores, la jurisprudencia también aplica el principio general de irretroactividad y el concreto que establece para las elevaciones de renta (art. 101 L.A.U.) (S. 19 junio 1985, 13 mayo 1986, 23 junio 1986 y 13 diciembre de 1986), entendiendo que lo es con efectos «ex nunc», o sea, sólo desde que se produce y recibe la declaración modificativa y no «ex tunc», es decir, desde el tiempo e que pudo efectuarse (S. 23 junio 1986), o desde la fecha del acto de conciliación (S. 4 febrero 1987).

3. LAS DISPOSICIONES COYUNTURALES LIMITATIVAS DE LA REVISIÓN DE LA RENTA.

En aquellos contratos de arrendamiento urbano que se produce el litigio sobre la revisión de la renta, durante el período de años que va desde 1967 a 1980, se ha planteado la rebaja de un determinado porcentaje (primero del 90 por 100 y posteriormente del 80 por 100) a la elevación que se derivaba del pacto previsto por las partes para su actualización.

A pesar de la inflación y de la consiguiente pérdida del poder adquisitivo de la moneda, los arrendamientos urbanos, una vez más en su historia quasi expropiatoria, vuelven a ser absurdamente sacrificados en beneficio de los arrendatarios, por lo que, desde 1972, se viene a incumplir el mandado legal del párrafo primero del artículo 100 de la L.A.U., donde se ordenaba que «la renta y las cantidades asimiladas a ella de las viviendas comprendidas en el número 2 del artículo 6.º y de los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, que aplicará a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por la Dirección General de Estadística si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización».

El Decreto-Ley 15, de 27 de noviembre de 1967, que demagógicamente invoca el espíritu de solidaridad de todos los españoles, su esfuerzo común, a fin de que no se exceda en el consumo de bienes y se limiten las rentas de capital, dispone para el ámbito de los arrendamientos urbanos, en su artículo 6, que: «A partir de la publicación del presente Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 1968, quedará en suspenso la facultad conferida al Gobierno para determinar

la aplicación de nuevos porcentajes de incremento de la renta en los arrendamientos urbanos...» Tal demagogia va a continuar con el cambio de régimen político, pues, si en la L.A.U. de 1946 se prevén justamente «las variaciones del coste de la vida» es que se trata de una «adaptación» o equivalencia, como realmente expresa la norma y no de «nuevos porcentajes de incremento», como se pretende por el Decreto-Ley y los sucesivos (Decreto-Ley 22, de 9 de diciembre de 1969, Decreto-Ley 15, de 30 de noviembre de 1973, Decreto-Ley 2, de 7 de abril de 1975, el Real Decreto-Ley 18, de 8 de octubre de 1976, Real Decreto-Ley 3, de 4 de enero de 1978, el Real Decreto-Ley 49, de 26 de diciembre de 1978, el Real Decreto-Ley 21, de 19 de diciembre de 1979 y la Ley 46, de 1 de octubre de 1980).

De este modo, primero, por Decreto-Ley se suspendía lo que era una previsión justa contra las alteraciones monetarias frente a lo dispuesto en una Ley (art. 100), como era la de Arrendamientos Urbanos, durante los años 1969 a 1975; después, se continuaba de manera injusta y anticonstitucional contrariándose por otros Decretos-leyes lo dispuesto por la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, ya que una norma de rango inferior niega lo que otra de rango superior norma. Además, esa negativa gubernamental a restaurar la equivalencia de las prestaciones, a lograr su actualización, se hacía con una magnitud total para los llamados arrendadores de renta antigua, mientras que solamente los rebajaba en un porcentaje para los nuevos (a partir de la L.A.U. de 1964), cuando habían previsto una cláusula de estabilización en su contrato. Todo un panorama normativo caótico e injusto que los Tribunales (2) y los juristas no dejan de denunciar (3).

En el caso de autos, el Tribunal Supremo hace evidente el olvido del Juzgador de apelación respecto al bienio 1980-1981, de que no fue cuestionado por la parte demandada, por lo que pasó a ser un hecho indiscutible e incontrovertible en el recurso de apelación; también, igualmente por lo que se refiere a la aplicabilidad del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1978 y Real Decreto-Ley de 1 de octubre de 1980.

JOSÉ BONET CORREA

(2) Así, la sentencia de 6 de noviembre de 1984 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, habla de la «penosa situación injusta» y «chocante con los principios socioeconómicos de nuestro texto constitucional».

(3) Cfr. ENGUIDANOS, M. R.: *Ante la inaplicación del artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia, 377 (abril, 1985), pp. 7 y ss. FUENTES LOJO, J. V.: *La Ley de Arrendamientos Urbanos obliga a revisar las rentas cada dos años (Todos los Gobiernos han venido incumpliendo este precepto)*, en el diario A.B.C. de 10 de febrero de 1985, p. 48.

II. Sentencias

A cargo de: Alicia ASTRUC ASENSIO
Asunción BERZAL MONTEJO
Emilio BLANCO
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Nieves FENOY PICON
Gabriel GARCIA CANTERO

I. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Adquisición por residencia de vecindad foral. Carácter automático. Extensión a mujer e hijos. Derecho Derogado.—A la vista de la letra del artículo 15 del Código civil, en su antigua redacción, la vecindad civil de origen —en este caso, la común— es susceptible de ser modificada de forma automática, por la simple residencia del interesado en territorio distinto del de su vecindad originaria; nueva vecindad que, de inmediato, se proyecta sobre el cónyuge del adquirente y sobre sus hijos no emancipados, adquisición que opera por el transcurso de 10 años, a no ser que antes de terminar dicho plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario, tal como textualmente norma el párrafo 3.º de dicho precepto; de cuyo contexto se deriva que si una persona adquiere la vecindad en un territorio de derecho foral —en el caso, la catalana— automáticamente la adquieren su esposa e hijos, salvo que éstos, al llegar a la mayoría de edad, hicieran uso del derecho que en el párrafo 1.º del mentado artículo se les confiere, tanto los mayores como los emancipados, que no es otro que el de declarar que es su voluntad someterse al Código civil.

Decreto de 12 junio 1899.—Según dijo la sentencia de 6 junio 1927, la normativa contenida en el Real Decreto de 12 junio 1899, habida cuenta de su carácter reglamentario, no puede servir de fundamento a un recurso de casación.

Régimen económico del matrimonio. Marido aforado catalán por dependencia familiar. Inaplicabilidad del régimen legal.—Al tiempo de contraer matrimonio el marido ya había obtenido el estatuto de persona aforada en Cataluña, por lo cual el régimen del mismo no podía ser la sociedad de gananciales. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Curiosamente era la mujer catalana la que solicita se declare que el matrimonio estaba sujeto a la sociedad de gananciales, mientras que el marido, castellano de origen, hace valer la vecindad catalana que adquirió al variar la de sus padres por residir diez años en Cataluña. La doctrina actual no tiene dudas en el caso aquí contemplado: vid. Rodrigo BERCOVIT, *Comentario al artículo 14*, en *Comentarios Albaladejo I*, Jaén, 1978, pp. 489 y ss.)(G.G.C.)

2. Derechos fundamentales de la persona. Principio de igualdad. Club deportivo. Acuerdo que impone desembolsos reintegrables a determinados socios.—El que el desembolso reintegrable acordado por el Club afecte únicamente a determinada especie de socios (cabeza de grupo familiar, o que lo sean por sí mismos, es decir, sin dependencia con otra persona) no entraña violación del principio constitucional de igualdad, que no prohíbe toda diferenciación de trato, sino tan sólo las arbitrarias (SS. del TC de 21 abril 1982 y 1 junio 1983), ni afronta a los padres del menor ni a éste, que si para conservar su condición de socio infantil ha de efectuar aquella prestación reintegrable, ello sería mera consecuencia de la conducta paterna al perder su padre el carácter de asociado por negarse al pago provisional decidido por la Asamblea.

La oportunidad del acuerdo que impone desembolsos extraordinarios excede del ámbito de la Ley de Protección de Derechos fundamentales de la persona.—En cuanto a la oportunidad del acuerdo para la economía del Club o la de los socios o sus familias, claro está que se trata de problemas ajenos al procedimiento seguido, no utilizable para argumentar sobre su posible inconveniencia en lugar de acudir a otras vías, bastando insistir en que ha de tenerse por adecuado y equitativo el punto del acuerdo que limita la satisfacción de la cantidad reintegrable a los socios cabeza de familia o a los socios individuales, es decir, no interados en grupo familiar.

Derecho a la jurisdicción.—Como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 1985, el artículo 24 de la Constitución no puede ser interpretado como exponente de un derecho incondicional a la protección jurídica, sino como derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, y en el presente caso la Sala de instancia razona correctamente que no ha existido conculcación de aquel principio constitucional, sin duda extraño a la cuestión planteada. (STS 7 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Parece nos encontramos ante un claro abuso de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En principio debe reconocerse a la asociación (un Club deportivo) autonomía para adoptar medidas al objeto de sortear las dificultades financieras por que atraviesa; y, entre ellas, las de repartir del modo que parezca razonable las nuevas cargas económicas entre sus miembros. Si el acuerdo adoptado por la Asamblea General no parecía acertado, debían agotarse los remedios ordinarios contra el mismo que la legislación establece. Invocar la violación del principio de igualdad constitucional parece, a todas luces, excesivo. La demanda, en cuanto al fondo, fue rechazada en ambas instancias y el Tribunal Supremo, con acierto, desestima el recurso. (G.G.C.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Préstamo privilegiado otorgado por Banco Hipotecario. Naturaleza de contrato normado. Fijación de intereses por Orden Ministerial.—El contrato que liga a las partes es un contrato normado que surge de una cadena regular de disposiciones que no quebrantan lo dispuesto en el artículo 1.º-2 del Código civil, pues la Ley de Crédito Oficial de 19 junio 1971 permite al Gobierno la fijación de los tipos de interés, sin perjuicio de la concesión de créditos en condiciones excepcionales y, en definitiva, la sumisión del Instituto de Crédito Oficial al propio Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, y, como consecuencia de tal potestad, el Gobierno promulga el Decreto de 28 marzo 1974, de cuyo artículo 7.º nace la delegación al Ministerio de Hacienda, de quien emana la Orden de 5 abril 1974, que fija el tipo de interés en el 5,5 por 100 para repatriados de Marruecos, sin que se acuse la existencia de norma alguna que impida la delegación en la materia de que se trata.

Negativa del Banco Hipotecario a cumplir la Orden Ministerial.—La base contractual viene determinada por la voluntad inequívoca de los prestatarios de acogerse a una disposición legal que rige el préstamo privilegiado para repatriados procedentes de Marruecos, voluntad mantenida antes, en y después de la perfección del contrato, y contradicha por el Banco que se negó a cumplir el Decreto de 1974 y la Orden del mismo año, que incidían en el contrato normado, por lo que la sentencia recurrida revisó dicho contrato para ajustar a la legalidad la cláusula de intereses.

Actos Propios.—El mantenimiento de la discusión en orden a los intereses impide estimar que los actores realizaron actos propios concluyentes de su aceptación, pues para que pueda apreciarse una conducta contraria a aquéllos se requiere que sea inequívoca (SS. de 17 octubre 1984 y 28 septiembre 1985).

Estado de necesidad.—Como ya consta el estado de discusión mantenido durante toda la vida contractual carece de trascendencia la razón por la cual los actores se avinieron a firmar la escritura pública de préstamo, después de intentar, durante más de dos años, su ajuste a la legalidad, aunque el transcurso de ese plazo no revela una errónea apreciación de estado de necesidad, que hace la sentencia recurrida.

Nulidad parcial de la cláusula de intereses.—La existencia de un contrato normado permite aplicar la doctrina de la nulidad parcial, o la revisión de ajuste de las prestaciones llevada al momento de la perfección del contrato, para su adecuación de la legalidad, sin que ello comporte la nulidad total del contrato, como se ha mantenido por este Tribunal en ocasiones análogas, como las de fijación de precio superior al autorizado en viviendas de protección oficial (SS. de 20 junio 1985 y 5 septiembre 1985).

Rectificación de oficio del asiento de la hipoteca.—La petición de reducir los intereses lleva consigo la rectificación del asiento correspondiente de hipoteca accesoria al préstamo, como exige el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de que se haga petición expresa de rectificación del asiento en orden a los intereses, como reconoce la doctrina de esta Sala en reiterada jurisprudencia que proclama la petición implícita de rectificación de los asientos registrales, cuando

se discrepa de los datos que aparecen en el Registro y cuando, como en este caso, la rectificación no afecta sustancialmente al asunto, y es consecuencia necesaria de la revisión (STS 16 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Curioso supuesto de resistencia de un Banco oficial al cumplimiento de la normativa vigente; en particular, frente al interés del 5,5 por 100 legalmente fijado, se aplicó el 11 por 100. La parte prestataria, después de dos años de negociaciones infructuosas, accedió a la ilegal pretensión del Banco. La demanda de reducción de los intereses (basada en la cualidad de español repatriado de Marruecos que fija la legislación para beneficiarse del préstamo) es estimada en ambas instancias, e interpuesto recurso de casación por el Banco, es desestimado en ceñida sentencia de la que ha sido Ponente Carretero Pérez. Lo que se califica de «contrato normado», en realidad es un contrato forzoso del lado del Banco Oficial, quien no puede negarse a concederlo a los sujetos que reúnan los requisitos legales y, además, en las condiciones preestablecidas. Aunque algún autor niega la categoría de contrato a esta figura (Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* 1, p. 95), en realidad funcionan en el tráfico como tales, dado que para los particulares se dan todas las características del negocio patrimonial. De aquí lo correcto de utilizar la técnica de la nulidad parcial (la nulidad total hubiera supuesto «premiar» la desobediencia de la entidad bancaria). El Tribunal Supremo no entra, en el fondo, a valorar la situación de necesidad del prestatario, aunque tampoco descalifica la valoración positiva de la Audiencia Territorial. En realidad era innecesario dada la irregularidad de la conducta del prestamista, merecedora de corrección *ex officio*. (G.G.C.)

4. **Venta de local. «Error in substantia». Prueba.**—La posición o situación de un local, o de una finca, constituye, o puede constituir sobre todo cuando se trata de instalar un futuro establecimiento mercantil, una condición que afecta a la esencia del objeto sobre el que recae el negocio transmisor, de suerte que el equívoco posicional del local vendido en este caso, pudiendo muy bien influir decisivamente en la prestación del consentimiento preciso para la validez del contrato, y dado que ha sido afirmado en forma tan rotunda, dicho equívoco, por el Tribunal de instancia, previa investigación de los elementos concurrentes, se trata de una cuestión de hecho que sólo puede combatirse en casación por la vía del error de hecho o de derecho. (STS 24 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—El actor adquirió del Instituto Nacional de la Vivienda un local para instalar una carnicería, encargando los planos de adaptación; desiste de su propósito y lo vende a quien pretende instalar un estanco, encargándose al mismo técnico las obras de adaptación. Pretende el actor que se condene al pago del precio aplazado y a la elevación del contrato a escritura pública; en reconvención el adquirente pide que se declare la nulidad de la venta por error, ya que se contrató sobre plano respecto de un local que formaba esquina, cualidad que no tenía en la realidad y que daba por supuesto el técnico que realizó ambos proyectos de adaptación; en primera instancia se estima la demanda, mientras que en apelación se estima la reconvención, apreciándose *error in substantia*. El Tribunal Su-

premo (Pte. Malpica González), aparte de apreciar defectos formales del recurso, sienta el alcance que puede tener el error sobre la ubicación del local en el negocio transmisivo, afectando a la sustancia del objeto sobre el que recae el negocio transmisor. Sin perjuicio de lo correcto del razonamiento del Tribunal Supremo, ¿no cabría pensar en una conducta dolosa del vendedor al advertir que el local no reunía condiciones, pese a lo cual transmite? (G.G.C.)

5. Compraventa de inmueble. Dolo.—Hay dolo que vicia el consentimiento porque el vendedor era consciente de que en el proyecto de reparcelación la superficie edificable total del inmueble se redujo de un total de 485,44 metros cuadrados a 240,338 metros cuadrados de edificabilidad, sin que advirtiera al comprador tal circunstancia, ni por escrito, ni verbalmente (STS 1 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Debe reseñarse que ambos contratantes eran de nacionalidad alemana y que el precio de la compra se había fijado en marcos alemanes, radicando la finca en Canarias. ¿Cabe valorar, en principio, la existencia de dolo con los mismos parámetros que si los contratantes fueran españoles? (G.G.C.)

6. Compraventa simulada. Fraude a los derechos de legitimarios.—Según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa.

Causa ilícita. Nulidad absoluta del negocio.—Acreditada la ilicitud de la causa que medió en el contrato de compraventa cuestionado, la condigna consecuencia que a ello corresponde es la declaración de nulidad, desde el momento en que la tesis que propugna el recurrente de que el negocio simulado encubría una donación válida y eficaz, es inadmisibles en casos como el que ha sido objeto de la presente controversia. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—En escritura pública los difuntos padres hicieron constar que vendían a su hijo y a su esposa determinados bienes inmuebles. Los restantes hijos solicitaron en la demanda la nulidad absoluta de la compraventa, porque no existió precio alguno.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda, considerando nula la compraventa. No prospera el recurso de casación.

7. Interpretación del contrato.—La facultad de interpretar los contratos viene atribuida a los Tribunales de Instancia, labor exéctica que ha de ser mantenida en casación, salvo en aquellos supuestos en que el resultado a que la Sala «a quo» llegue sea ilógico, desorbitado o vulnere alguna norma positiva.

Cláusula de carácter exclusivamente moral.—Existe una constante y reiterada doctrina de esta Sala al hacer la exégesis de la controvertida cláusula, en el sentido de que su carácter es exclusivamente moral, sin contenido obligatorio y sin

que exista uso mercantil alguno que obligue a los bancos a vigilar en el terreno de los hechos la aplicación efectiva de los préstamos otorgados con una determinada finalidad. (STS 23 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Un banco y una compañía de seguros suscribieron una póliza de afianzamiento de crédito para la prefinanciación de exportaciones sin pedido en firme, debiendo significarse que la intervención del banco en ella tuvo lugar en el concepto de asegurado. El banco reclamó la indemnización del siniestro producido por la pérdida parcial de un préstamo concedido y que fue exigido por la compañía aseguradora.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda de reclamación de cantidad. No prospera el recurso de casación.

8. Interpretación del contrato.—La labor de interpretación de los contratos concierne a los Tribunales de instancia, y que si bien es lícito impugnarla en casación, la interpretación verificada por el Tribunal «a quo» siempre habrá de ser mantenida, mientras se acomode a los límites de lo racional y lo lógico, incluso en aquellos casos en que pueda haber alguna duda de su exactitud rigurosa.

Criterios de interpretación del contrato.—La labor exegética ha de llevarse a cabo tras un examen del contrato en su clausulado, como un conjunto orgánico, sin detenerse exclusivamente en la literalidad, tratando de llegar al convencimiento de lo que fue realmente querido por las partes, más aún en aquellos casos en los que el sentido literal no sea suficientemente claro, de ahí que para alcanzar cuales hayan sido el espíritu y la finalidad perseguidos por el negocio debe acudir-se al examen y valoración de las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores, reveladoras de la total conducta de los interesados.

Cláusula penal. Moderación judicial.—Es doctrina de esta Sala que el uso de la facultad moderadora que proclama el artículo 1.154 del Código civil, al llevar implícito un juicio de equidad, no es revisable en casación. (STS 21 febrero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora vendió a los codemandados una casa con la finalidad de ser demolida, construyéndose sobre el solar resultante una nueva edificación. Se estableció como precio una parte en metálico, que fue oportunamente satisfecho, y otra en un porcentaje de participación en pisos y en bajos comerciales. Los compradores realizaron obras de ampliación en el nuevo edificio, pretendiendo por ello la parte actora que se tuvieran en cuenta a la hora de aplicar el porcentaje pactado, a lo que aquéllos se opusieron.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por los compradores.

9. Compraventa condicional. Calificación e interpretación del contrato. Relevancia de los motivos.—Para calificar el contrato discutido no basta con atenderse al tenor literal porque los términos de aquél no son tan claros que impidan dudar

de la intención de los contratantes, en cuanto que las palabras parecen contrarias a dicha intención, pues el declarar que es una compraventa no significa que lo sea pura y simple si se tiene en cuenta el contexto contractual, interpretando las cláusulas unas con otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, y al propio tiempo se atiende a los actos coetáneos y posteriores, de todo lo cual resalta el contenido del apartado c) de la estipulación 2.^a del contrato según la que parte del precio se computará con la entrega de un apartamento en el edificio a construir, completado con la estipulación 6.^a, referente a la también entrega al vendedor, en el mismo concepto, de un local destinado a depósito de utensilios de náutica; y sobre todo es de señalar lo que prácticamente aparece en todas las cláusulas, viniendo a ser una constante del pacto, que es la finalidad perseguida por los contratantes, que no es el simple trueque de cosa por precio, sino la construcción de unos apartamentos, hasta el punto de que viene a configurarse como la verdadera causa del contrato, cuyo concepto tiene ciertamente un sentido objetivo en la definición genérica del artículo 1.274 del Código civil, ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquélla, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (caso de la donación remuneratoria del art. 642 C.c.), como de la ilicitud (supuesto del fraude acreedores de los arts. 643 y 1.111 C.c.), siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o, al menos, relevantes.

Concepción subjetiva de la causa.—La concepción subjetiva de la causa repercutió en España tanto científica como, sobre todo, jurisprudencialmente, llegando a crear respecto de ésta un cuerpo homogéneo e indiscutible, a partir de la sentencia de 2 abril 1941, seguida, entre otras, por las de 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950, 29 abril 1951, 17 marzo 1956, 23 noviembre 1961, 23 diciembre 1966 y 8 julio 1977, que precisa la doctrina, unánime y reiteradamente seguida hasta el momento actual, que debe ser reiterada, en virtud de la cual, las partes, de común acuerdo, haciendo uso de la libertad contractual del artículo 1.255 del Código civil, elevaron la finalidad particular perseguida, a causa determinante del contrato, poniéndola como condición del mismo, de indiscutible admisibilidad, pero con el triple límite que el indicado precepto establece.

Condición de imposible cumplimiento. Causa ilícita.—La validez del pacto dependía de que se pudiese realizar la construcción, pues caso contrario se trataría de una condición ilícita por contraria a la ley y chocaría con el precepto del artículo 1.275 del Código civil, a cuyo tenor los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y el derecho de opción ejercitado por el comprador, aparte de actuarse de modo extemporáneo, carecía de fundamento jurídico al haber devenido ilícita la causa en que se apoya, lo que impedía la opción al no quedar otra alternativa que la resolución del contrato. (STS 30 diciembre 1985, ha lugar.)

NOTA.—Las consideraciones sobre la causa subjetiva son hoy doctrina generalizada en la doctrina española. La sentencia parece seguir de cerca a ALBALADEJO, *Derecho civil* I-2.^o, 6.^a ed. (Barcelona 1980), pp. 275

y ss.; también LACRUZ, *Elementos* I-3.º (Barcelona, 1984), pp. 220 y siguientes. (C.G.C.)

10 Deuda en moneda extranjera. Momento de la conversión a pesetas.—A tenor del artículo 1.170, párrafo 1.º, del Código civil, las deudas de dinero habrán de pagarse en la especie pactada, en este caso, marcos alemanes, y al aceptarse por la entidad acreedora la imposibilidad de pagar en tal especie, ha de tener lugar su conversión a pesetas; y a fin de que el acreedor reciba el contenido íntegro de la obligación conforme a los artículos 1.157 y 1.166 del Código civil, que consagran el principio del pago total y de la imposibilidad de sustituir o alterar la prestación convenida, es acertado el criterio del juzgador de instancia de fijar la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas, solución preferible a la de atender al cambio del día del emplazamiento del demandado, patrocinada de algún modo por la sentencia de 23 diciembre 1954, si bien las sentencias de 3 octubre y 9 noviembre 1957 optan ya por el día del pago, que es la más apropiada al caso, dado que la renuncia al pago no ha de proporcionar ventaja alguna al deudor. (STS 26 diciembre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—El último argumento tiene su base en la progresiva e ininterrumpida devaluación de nuestra moneda respecto al marco alemán, y no podría utilizarse en el caso de una revaluación de la peseta en el período comprendido entre el emplazamiento del demandado y la ejecución de la sentencia. Creo que la doctrina que se sostiene en la sentencia extractada es defendible, aun sin dicho argumento. (G.G.C.)

11. Imputación de pagos.—La imputación de pagos implica que la designación de la deuda entraña una declaración de voluntad recepticia, en principio correspondiente al deudor, siendo la acreditación de tal extremo una cuestión de orden fáctico-jurídico, sin perjuicio de que el acreedor, incluso después de verificado el pago, pueda proveer al deudor de un recibo expresivo de la aplicación de aquél. (STS 25 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de determinadas relaciones comerciales, la entidad demandada adeudó al demandante una determinada suma, existiendo tres letras avaladas por una persona para asegurar el derecho del acreedor. En la demanda se solicitó que se condenase al deudor principal y al avalista al pago de lo debido, gastos, costas e intereses. El avalista se opuso a la demanda, alegando que, existiendo otras deudas, a ellas hay que hacer aplicación antes de los abonos de las cambiales.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a la entidad deudora y al avalista al pago de lo solicitado en la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el avalista.

12. Contrato complejo. Denuncia unilateral.—Que el contrato que a las partes liga ha de calificarse como atípico, de naturaleza «sui generis» y complejo, el que refleja el derecho de la entidad recurrida a recibir unas determinadas percepciones sobre las exportaciones verificadas por la interpelada a Siria, pero sin

que en modo alguno pueda entenderse, de su contexto, consecuencias indefinidas en orden a su duración, y en lo que se refiere a la recepción de tales percepciones, indeterminación temporal, que no puede en forma alguna devenir perpetua, y sin posibilidad, lo mismo para ella que para su oponente, de revocación unilateral, en un momento determinado, que, como dice la sentencia de 11 de febrero de 1984, podrá determinar, si el desistimiento es abusivo, las pertinentes consecuencias de orden indemnizatorio. (STS 19 diciembre 1985, ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora fue designada como distribuidora en exclusiva para la venta de maquinaria en Siria, a cambio de una comisión. La demandante afirmó que la demanda no había cumplido su obligación de pago de la comisión.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. Prospera el recurso de casación, estimando el Tribunal Supremo que había tenido lugar la denuncia unilateral del contrato por la entidad demandada y recurrente.

13. Compraventa de terreno. Cualidad de urbanizable programado. Bajo condición de concesión de licencia municipal. Imposibilidad de cumplimiento por falta de aprobación del plan parcial.—la condición suspensiva de que el Ayuntamiento otorgase la licencia de obras era de imposible cumplimiento al no haber sido aprobado el Plan Parcial correspondiente a la zona de ubicación de la finca comprada, siendo irrelevante que el comprador dejara de ubicarla por ser tal solicitud insuficiente para conseguir la causa finalista ínsita en el negocio analizado. (STS 18 diciembre 1995, no ha lugar.) (G.G.C.)

14. Resolución del contrato de compraventa. Deterioro de la cosa.—Los desperfectos «son consecuencia del transcurso del tiempo y de la actividad que desarrolló el demandante» o del «transcurso del tiempo y del destino industrial del bien», sin que probase fueran resultado, «unido directamente por un nexo de causalidad, de una conducta culpable, dolosa o negligente de la otra parte», es decir, que nos encontramos ante menoscabos naturales, por el transcurso del tiempo, en relación con la finalidad y uso propio de la cosa, derivados del tráfico usual y corriente, que pueden tener como consecuencia lógica un desvalor o una revalorización de ella, pero que, en todo caso y como un alea, juega en beneficio o en contra del acreedor (véase el art. 1.122 C.c., singularmente las reglas 3.^a y 5.^a).

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—Aquellas conclusiones sobre puntos de hecho que establece el Tribunal apreciando los elementos probatorios aportados al juicio, son indiscutibles en casación cuando no se invoca, cual aquí ocurre, el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Alcance de la extinción de la relación contractual. Reintegro de las cosas y valor de las prestaciones.—Al señalar que ha de volverse a un estado jurídico preexistente, se dice también que no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, porque ello equivaldría a un enriquecimiento injusto, y ambas sentencias, al hablar de la consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y *valor de las prestaciones* se remiten a lo previsto en los artículos

1.295, 1.303, 1.308 y 1.123, todos del Código civil, referido el último a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida en las recíprocas.

Proceso de ejecución de sentencia.—Ciertamente, y así lo dice la sentencia de 26 junio 1950, citada parcialmente, en el proceso de ejecución... «necesariamente han de ser planteadas y decididas dentro del mismo, no sólo las cuestiones que se relacionan con la inteligencia y alcance del fallo, sino también las que tiendan a establecer y conseguir los efectos de sus pronunciamientos, porque unas y otras al cumplimiento de éstos se refieren».

Resolución e indemnización de daños y perjuicios.—Tiene declarado esta Sala que si toda resolución genera posibilidad de indemnización de daños y perjuicios es preciso que se acredite su existencia.

Requerimiento resolutorio y posesión de la cosa vendida. Mora en las obligaciones recíprocas. Alcance de la resolución impugnada por una de las partes.—El recurso achaca a la sentencia recurrida violación por no aplicación de los artículos 435 y 457 del Código Civil, razonando básicamente que si conforme al artículo 1.504 y a las sentencias de 7 julio 1911, 30 mayo 1942, 1 mayo 1946, 4 junio 1958 y 16 octubre 1961, producido el impago del precio o parte del mismo y verificado el requerimiento, automáticamente opera la resolución, a partir de ese momento sobre el comprador que posee la finca indebidamente, conforme al artículo 435 es poseedor de mala fe y, de acuerdo con el 457, responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa. Procede la desestimación, no sólo por plantear una cuestión nueva en el litigio, cual la pretendida mala fe desde la fecha en que se practicó el requerimiento, sino también porque seguiría ignorándose, por falta de prueba, qué deterioros se habían producido antes y cuáles después; al no entregarse ni ofrecerse el 60 por 100 de lo ya pagado por el comprador, incumplía a su vez el vendedor su obligación recíproca, sin poder entrar en juego la mora, conforme al párrafo último del artículo 1.100 del Código civil, y, en definitiva, según constante y reiterada jurisprudencia, si la resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, son los Tribunales los que han de decidir si se ajusta o no a derecho y cuáles han de ser sus efectos, pues en tal caso la resolución y sus consecuencias han de ser instados y obtenidos por la vía judicial (SS. 24 octubre 1941, 28 enero 1943, 10 enero 1944, 7 enero 1948, 19 marzo 1949 y 12 diciembre 1955, entre otras).

Incongruencia.—No puede deducirse la incongruencia de los fundamentos de la sentencia, sino de su parte dispositiva (SS. 14 noviembre 1935, 9 enero 1943, 20 febrero 1950 y 31 diciembre 1951). (STS 6 octubre 1986, no ha lugar.)

Persona jurídica. Capacidad para aceptar donaciones. Donación hecha a F.E.T. y de las J.O.N.S. en 1938. Criterio estricto.—La capacidad pasiva para aceptar donaciones, regulada en el artículo 625 del Código civil, apunta derechamente en el presente recurso, no al principio general que ha de entenderse con generosidad tendente a facilitar la aceptación de donaciones, singularmente en la hipótesis de las puras y simples en las que aparece acentuada la naturaleza lucrativa del contrato, sino a la falta de aceptación válida del concreto acto de liberalidad en el que está implicado un ente de derecho público —F.E.T. y de las J.O.N.S.,

a quien sucede luego el Movimiento Nacional y por último el Estado—, que es exigible con mayor rigor, si cabe, que cuando se trata de las personas jurídicas de derecho privado, dado el carácter público de sus fines, una actuación a través de sus órganos específicos en estricta conformidad a la legalidad que los gobierna, y que se impone a la voluntad de los integrados en ella, principio que desplaza el centro de gravedad del problema situándolo, no en el enjuiciamiento de la capacidad general para aceptar donaciones, sino en el examen de la aptitud del aceptante, desde la perspectiva de la representación que dijo aceptar, siendo requisito inexcusable para la validez de la donación la aceptación de la misma por el donatario en vida del donante.

Aceptación de la donación por el Jefe local de F.E.T. y de las J.O.N.S. Nulidad absoluta.—Consta en la escritura de donación que ésta fue aceptada por el Jefe Local de Falange en nombre de la entidad donataria, sin que aquél aparezca con otro apoderamiento que el emanado de la jefatura local que desempeñaba, cargo que según el artículo 12 de los Estatutos de F.E.T. y de las J.O.N.S. de 1937 únicamente le autorizaba a realizar actos jurídicos de administración de sus propios recursos, lo que obliga a concluir que el acto de aceptación del inmueble donado se hizo rebasando los límites de la representación que le venía legalmente atribuida al órgano aceptante, cuya incompetente actuación, por ausencia de voluntad del ente público llamado a aceptar, sólo dio vida a una mera apariencia del negocio que se decía documentar en la escritura, cuya nulidad se impone declarar con tanta más radicalidad cuanto que la norma transgredida es la que establece la distribución de poderes entre los órganos de una persona jurídica de carácter público y ha de reputarse que tiene la misma naturaleza de orden público que la hace indisponible. (STS 6 julio 1985, ha lugar.)

NOTA.—Concurren en este caso algunas singularidades fácticas y jurídicas que conviene señalar: 1.º la sentencia del Tribunal Supremo (Pte. Casares Córdoba) estima el recurso del particular frente a dos sentencias desestimatorias en la instancia; 2.º la reivindicación por nulidad de la donación realizada en 1938 se plantea por un hijo de los donantes, después del cambio de régimen político, más de 40 años después de otorgada la donación; 3.º en la demanda se hace hincapié en el incumplimiento de la finalidad del acto de liberalidad, realizado para instalar los servicios de la «Casa de España» en V., siendo así que en la actualidad está ocupado por el Servicio de Extensión Agraria y otros del Estado no contemplados en la intención de los donantes, y 4.º en la demanda se apuntan datos tendentes a demostrar la existencia de una situación de temor colectivo que influyó en el ánimo de los cónyuges donantes (el marido era Médico Forense, se dice que de ideas liberales, y se alude al clima creado a la entrada de las tropas nacionales en la localidad, si bien en la contestación se niega la supuesta significación izquierdista de aquél, afirmándose que fue Alcalde durante la Dictadura).

La sentencia declara la nulidad radical y absoluta de tal donación por falta de válida aceptación, que es imprescriptible e insubsanable; aunque no parece que en ningún momento anterior se hiciera valer, ni se intentara reclamación alguna ante órgano estatal. La pregunta acuciante es: ¿Cuántas donaciones nulas por falta de aceptación no permanecen sepultadas

en los archivos notariales? ¿Por qué no se previó en la legislación que extinguió el Movimiento, las posibles actitudes subjetivas de personas, como la aquí reclamante, y se articuló un procedimiento administrativo para facilitar las retrocesiones?

Lo que los italianos denominan «contrato celebrado en estado de peligro», aludiendo a situaciones sociales dominantes que pueden influir decisivamente en la prestación del consentimiento, hubiera podido plantearse en el caso, aunque las dificultades de prueba acaso hubieran podido ser insuperables, a lo que se añaden los cortos plazos de prescripción.

Por lo demás, resulta correcta la aplicación que la sentencia hace de la legislación en vigor, y, acaso, pudiera abrir camino para ulteriores reclamaciones por idénticos motivos. (G.G.C.)

16. Arrendamiento de local de negocio. Reclamación de rentas pendientes. Prueba del inicio del contrato.—Suscrito el contrato de arrendamiento se inició la producción de sus efectos, como fueron, a instancia y conveniencia del arrendatario, la instalación de pantallas fluorescentes en los puntos de luz existentes, repaso de mecanismos, y unificación de las líneas generales de las dos oficinas alquiladas, lo que supone toma de posesión, uso y disfrute del local, adaptándolo a las necesidades del arrendatario, lo que conlleva el pago de las rentas, como así se efectuó, pues, además del pago inicial por fianza y los días del mes de noviembre, fue abonada la renta de diciembre; en cuanto al teléfono, si bien estaba cortado el existente, el arrendador con fecha 30 de noviembre abonó a la C.T.N.E. los gastos de instalación, que tuvo lugar el 17 de diciembre, por lo que el pago de la renta del expresado mes en su día 21, con posterioridad a los trabajos de electricidad y a la instalación del teléfono, viene a corroborar la conformidad y eficacia del contrato desde su fecha inicial. (STS 2 octubre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Después de proceder al lanzamiento se reclaman las rentas adeudadas, y al ponerse en duda la producción de efectos del contrato, el Tribunal Supremo toma en cuenta una serie de hechos coetáneos y posteriores al mismo que corroboran su vigencia.

17. Venta de local de negocio. Interpretación. Vendedores que siguen explotando la industria por ellos creada, primero como precaristas y luego como arrendatarios.—La labor exegetica contractual reside en los Tribunales de instancia, conforme esta Sala tiene reiteradamente declarado, salvo que resulte ilógica o vulneradora de alguna norma legal, debiendo respetarse la labor interpretativa realizada por la Sala «a quo», aun en caso de duda, la que no cabe albergar a la vista de los elementos probatorios examinados en la instancia, que llevan a la conclusión de que, al verificarse la transmisión del inmueble, los titulares del negocio allí establecido continuaron explotándolo, sin que en ningún momento se alterara la situación posesoria, constante en un título reconocido contractualmente, el de precaristas, y después como arrendatarios; de aquí que la calificación contractual realizada por la Sala, atendiendo tanto a la interpretación del cuestionado contrato como a la valoración de actos anteriores, simultáneos y posteriores a la contratación, sea correcta y haya de ser mantenida en su integridad.

Obligación de entregar los accesorios. Artículo 1.097 del Código civil.—No puede invocarse la violación del artículo 1.097 del Código civil, en cuanto establece que la obligación de entregar una cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, de donde pretende deducirse que, a la luz de tal precepto, el negocio fue también entregado al accionante, al tiempo de operarse la compraventa, por tratarse de una cuestión nueva y porque la prueba es concluyente en el sentido de que tal entrega del negocio no llegó nunca a realizarse, continuando el inicialmente demandado y sus causahabientes, en la posesión del mismo, en la que, sin alteración, siguen permaneciendo.

Calificación del contrato. Arrendamiento de local de negocio y no de industria.—No puede sostenerse que al cabo de los dos años en que los vendedores poseyeron el local en concepto de precaristas, recuperase el comprador la posibilidad de arrendar la industria, dado que la permanencia de los demandados en el local lo fue continuando una situación posesoria anterior, sin pagar renta o merced, posiblemente para «permitirle una recuperación económica», como se afirma en la instancia y no se combate, situación que constituye una estipulación contractual, que asegura la permanencia del ocupante en la posesión y explotación del local, seguida de una situación arrendaticia que, al ser continuidad de la anterior, no puede entrañar que se integrara en su dominio el cuestionado negocio, y la industria en el mismo establecida. (STS 22 octubre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho complejo que exigía —como se hace en la sentencia (Pte. Gómez de la Bárcena— clarificar la naturaleza y objeto del contrato de transmisión del que el actor trae causa. ¿Qué adquirió el causahabiente de éste, un mero edificio, o éste con la industria en él establecida y creada por el vendedor? Hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo hubiera profundizado en la cuestión de la accesoriedad, que se despacha como cuestión nueva. ¿Puede en algún supuesto ser la industria o negocio accesoria del local en que está instalada? La invocación del artículo 1.097 del Código civil se hace para apoyar la pretensión de que la industria fue entregada con el local, lo que presupone la accesoriedad que no se prueba. En principio no puede excluirse tal accesoriedad, aunque no será el supuesto normal. También ofrece interés esa situación contractual de precario, que no es la mera posesión sin título, sino una estipulación que asegura la permanencia del ocupante en la posesión y explotación del local durante el plazo de dos años; no parece que hubiera podido intentarse con éxito el desalojo antes de su transcurso, pero sí a su vencimiento de no haberse formalizado el contrato de arrendamiento. (G.G.C.)

18. Retracto arrendaticio rústico. No procede si los retrayentes no son profesionales de la agricultura.—Al no ser los retrayentes profesionales de la agricultura es improcedente aplicarles los artículos 93, 1 y 2, en relación con el 91.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente.

Arrendamiento solidario parcial.—Los arrendatarios solidarios de una porción de la finca vendida han ejercitado el retracto sobre su parcela, delimitada en extensión y linderos, reuniendo los requisitos legales, en especial lo relativo al pago del precio y la extensión sobre que recae su derecho de retracto, negado

equivocadamente por la Sala; en cuanto al primero, se expresó en la demanda de estos retrayentes una suma a consignar, sobre la cual nada se ha probado en autos en torno a que fuese erróneamente fijada, por lo que ha de admitirse como válida y como único medio de cumplir lo dispuesto en el artículo 90.2 de la misma Ley de Arrendamientos Rústicos, en relación con el 93.1 que permite expresamente, en supuesto de varios arrendatarios, que cada uno cumpla los requisitos señalados en cuanto al retracto, que pueden ejercitar separadamente referido a la porción o porciones de fincas ocupadas; de donde se deduce no ser necesario que ejerciten el retracto de la totalidad de la finca, lo que iría en contra de la doctrina de esta Sala en el sentido de que únicamente se puede retraer la parte del inmueble que se lleva en arriendo, y no una porción mayor, ni tampoco la totalidad. (STS 17 enero 1986, ha lugar en parte.)

19. Arrendamiento rústico. Extinción por cumplimiento del término. Ine necesidad de avenencia ante Junta Arbitral.—Según sentencia de 17 noviembre 1983, no es preceptiva la actuación de la Junta Arbitral cuando se trata de extinción del contrato por cumplimiento del término.

Falta de constitución administrativa de las Juntas Arbitrales. Derecho a la tutela efectiva de los derechos. Artículo 24 de la Constitución Española.—El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 14 diciembre 1983, ha declarado que el derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino dentro de términos razonables, y por ello «la suspensión de una decisión sobre el fondo en tanto en cuanto no se realice un trámite ante un órgano que no se ha constituido... se configura como un defecto formal equiparable a las dilaciones indebidas del proceso, prohibidas por el artículo 24 de la Constitución Española», y que no corresponde a la parte «instar a la Administración la constitución de la Junta», sino a ésta como deber ineludible, ya que lo contrario haría imposible el cumplimiento del requisito previo (la avenencia) al ejercicio de la acción; por ello el criterio expresado por el Juez de Primera Instancia de ser el trámite previo una formalidad de imposible cumplimiento por causa no imputable a la parte obligada a ello, por lo que su exigencia equivaldría a una inicua denegación de justicia, so pretexto de un formalismo riguroso, está hoy explícita y taxativamente ordenado por el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 julio 1985.

Denegación de la prórroga por el arrendador. Compromiso de cultivo directo y personal.—Es cierto que las cartas del arrendador no expresan literalmente el compromiso de cultivo directo y personal, pero una interpretación lógica y finalista de las cartas no impediría entender cumplido tal requisito, dada su apelación al cultivo directo y a que es la ley la que impone ese requisito independientemente del formalismo del requerimiento, no cabiendo olvidar que la sentencia de 23 septiembre 1983 admite que tal compromiso puede hacerse en la demanda; todo ello sin perjuicio de que la «ratio decidendi» de la sentencia impugnada se basa en la expiración del plazo contractual.

Notificación del arrendatario de su deseo de permanecer en la finca arrendada.—Es cierto que la sentencia de 26 enero 1980 dijo que era innecesario que el arrendatario notificase al arrendador, con un año de antelación, su deseo de permanecer en la finca cuando la parte arrendadora le denegó la prórroga, pero

aparte de ser sentencia única, y no constituir tal doctrina la base del fallo, en el presente caso se declara inaplicable el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, por no ser el arrendatario cultivador personal.

Condición de cultivador personal. Prueba.—La apreciación negativa del juzgador, que no se impugna debidamente, se basa en datos tales como la extensión de la finca (31 Has.), la edad de la arrendataria, su residencia en Jerez y la cuantía de la renta, datos que hacen difícil estimar concurra en ella tal cualidad. (STS 30 enero 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Resulta increíble que una norma jurídica tan importante como la Ley de Arrendamientos Rústicos promulgada a fines de 1980, que ha previsto en su extenso artículo 121 concretas y determinadas funciones competenciales para la Junta Arbitral, cuya composición igualmente se establece, no pueda aplicarse porque la Administración no ha cumplido el mandato en ella previsto. Esta desconexión entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, detectable en otros importantes sectores del tráfico jurídico (piénsese en la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley de Consumidores), parece obligaría a exigir responsabilidades «a quien corresponda». La solución de esta sentencia se absolutamente correcta. (G.G.C.)

20. Contrato de obra. Responsabilidad por ruina. Gravedad de los vicios. Doctrina general.—La jurisprudencia de esta Sala, inspirada —dice la sentencia de 16 julio 1984— en el Código civil francés y en la doctrina romana, refiere el concepto de «ruina», despegado el mismo de la expresión «se arruinase» que allí se consigna y que la identificaría con el derrumbamiento del edificio por vicio de su obra maestra, siguiendo una tendencia prudente y marcadamente ampliatoria, aconsejada por la experiencia (S. 12 febrero 1981), la concibe identificada con cualesquiera vicios constructivos graves, con cuyo concepto moderadamente abierto se completan las garantías de los adquirentes de construcciones, a quienes asistirán la acción de ese origen y las contractuales (art. 1.101 en relación con el 1.091), ya específicas de la compraventa (1.484, 1.486 y 1.490); concepto el de ruina que actualmente se halla extendido así a los vicios graves, aunque el inmueble no quede convertido material o propiamente en ruinas, ni quede comprometida su estabilidad, entendiéndose por vicios graves todos aquellos defectos constructivos que por exceder las meras o simples imperfecciones corrientes entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura (SS: 9 mayo 1983 y 16 febrero 1985), y también todos aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia (ruina funcional de las sentencias de 21 abril 1981, 8 febrero 1982 y 17 febrero 1984), y aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando a su solidez o a su utilidad.

Filtraciones que originan humedades como vicios graves.—Las filtraciones, origen de humedades y grietas por inadecuada impermeabilización, son un defecto subsumible en el concepto de ruina según numerosos precedentes jurisprudenciales, apreciándose en el caso litigioso humedades de importancia (valoradas en 1.484.000 pesetas) en los muros del garaje-aparcamiento, por la falta al tiempo de su construcción de adecuado drenaje perimetral y de impermeabilización externa del muro en la zona de contacto con los macizos de jardinería, así como

el desprendimiento de los falsos techos de terrazas, recibidos con yeso, vicio igualmente originario de la construcción y que perturba gravemente la utilización de las viviendas afectadas. (STS 20 diciembre 1985, ha lugar.)

NOTA.—Puede calificarse esta sentencia de *pedagógica*, pues sin aportar nada nuevo, resume con acierto la doctrina jurisprudencial a propósito del artículo 1.591 del Código civil (Pte. Serena Velloso), y de la que acaso quepa discrepar en orden a calificar de «tendencia prudente» la seguida por la Sala 1.^a. Pienso que el calificativo que mejor le cuadra sería el de «audaz» para elaborar un completo *corpus* de soluciones, partiendo de la parquedad normativa del artículo 1.591; lo que, por otra parte, no significa que haya llegado a consecuencias «imprudentes». Pienso que cualquier reforma que se haga en el contrato de obra habrá de contarse ineludiblemente con esa doctrina jurisprudencial. (G.G.C.)

21. Vicios de construcción. Responsabilidad solidaria.—Una cosa es, evidentemente, que existan dos causas apreciadas (vicios del suelo y vicios de la construcción) que en la dicción del artículo 1.591 del Código civil se atribuyen a los distintos protagonistas, y otra su repercusión en la ruina y en su traducción económica a los efectos del resarcimiento al perjudicado. Sólo cuando esa repercusión no sea posible determinarla es cuando la jurisprudencia ha desarrollado tal precepto, autorizando la exigencia de responsabilidad solidaria. (STS 30 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Se procedió a la construcción de un edificio, en el que aparecieron graves defectos de construcción, imputables al arquitecto director, al aparejador y al contratista.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial les condenaron de forma solidaria a indemnizar a los propietarios. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—De nuevo en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo proclama el carácter solidario de la responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina del edificio por vicios. Sin embargo, conviene recalcar que no se afirma indiscriminadamente el carácter solidario de la responsabilidad, sino sólo cuando no sea posible determinar la repercusión en que la ruina es imputable a cada uno de los responsables, con su traducción económica a efectos de resarcimiento. Por ello, si tal repercusión se pudiera precisar, se acudiría al sistema de la mancomunidad, como ha hecho el Tribunal Supremo en algunas sentencias (*vid.* la sentencia de 30 abril 1982, que aparece reseñada en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 957-959). (A.C.S.)

22. Ejecución defectuosa de las obras de reparación de una techumbre. Acción de cumplimiento.—No puede calificarse como infracción del artículo 1.258 del Código civil que se imponga al demandado la obligación de reparar lo que ha sido deficientemente construido, pues no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro), cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omi-

sión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción.

Acción de cumplimiento. Artículo 1.591 del Código civil.—La norma contenida en el artículo 1.591 no ha sido en modo alguno infringida en tanto que la referencia a la acción que autoriza para exigir daños y perjuicios por ruina de los edificios no excluye la que el contratante perjudicado pueda utilizar para exigir el cumplimiento correcto. (STS 17 enero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante un contrato de obra, la Comunidad de Propietarios pactó con el recurrente y su socio que procediesen a la impermeabilidad y retejado de un edificio. Los demandados ejercitaron los trabajos de forma defectuosa, hasta el punto de provocar el arruinamiento del tejado.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron procedente la acción de cumplimiento, condenando a los demandados a rehacer la obra de acuerdo con las orientaciones periciales. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—La coherencia de la sentencia ofrece pocas dudas. Según el artículo 1.098 del Código civil, si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho (*vid.* artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, el cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer (lo que aconteció en la sentencia que reseñamos) es sancionado con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona y a su costa.

A nuestro juicio, es evidente que el cumplimiento en forma específica ha de considerarse como la pretensión que el acreedor (en nuestro caso, el comitente) debe ejercitar principalmente, siempre que sea posible. Como dicen DIEZ-PICAZO y GULLON (*Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 287), el deudor no puede obligar al acreedor a aceptar el cumplimiento por equivalente cuando es posible el cumplimiento en forma específica, porque no fue la prestación pactada. Tan subsidiario es para el acreedor exigir el equivalente como para el deudor cumplir de esa forma.

La aplicación de esta doctrina evidencia el indiscutible acierto de la sentencia, sin que la mayor onerosidad que representa para el contratista el tener que rehacer la obra sea un argumento convincente para obstaculizar la pretensión de la actora de cumplimiento en forma específica. Desde luego, la buena fe (art. 1.258 C.c.) no ampara al contratista, porque, como bien dice el Tribunal Supremo en la sentencia, la mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas de toda buena construcción. (A.C.S.)

23. Contrato de obra. Cumplimiento defectuoso. Defectos de terraplenado. Responsabilidad del constructor.—Si en el contrato de obra figura la realización de obras de infraestructura, que empieza, naturalmente, por el desmonte y terra-

pleno, es obligación del constructor —a quien se contrata por su carácter técnico— o bien no realizar la obra sin un correcto terraplenado, o bien advertir al dueño de la misma de las consecuencias que tendría realizarlas en tales condiciones, no cabiendo otra alternativa, pues el constructor, o bien desconocía el defectuoso terraplenado —en cuyo caso existe negligencia profesional como constructor—, o bien lo conocía y, a pesar de saber sus consecuencias desastrosas, construyó, en cuyo caso existe dolo civil, pues su responsabilidad abarca el desmonte y terraplenado para realizar una urbanización en época en que finalizaba el invierno con sus inclemencias del frío y de las lluvias.

Responsabilidad solidaria del contratista y del arquitecto.—Pertenece a la iniciativa y libre determinación del dañado el dirigir el procedimiento contra cualquiera de los deudores solidarios, dejando a los otros fuera del juicio, por inscribirse esa facultad en la naturaleza misma de la obligación solidaria en los términos del artículo 1.144 del Código civil, en relación con el artículo 1.145, permitiendo este último que los codeudores ventilen como cuestión propia, y en proceso ulterior, la existencia y alcance de la responsabilidad de los que no estuvieren presentes en el juicio abierto por el acreedor de todos. (STS 22 septiembre 1986, no ha lugar.)

24. Artículo 1.593 del Código civil. Contrato de obra por ajuste o precio alzado. Calificación.—No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades (STS 14 marzo 1985 y 26 diciembre 1985, entre otras), cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula 5.^a se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula 6.^a se prevé la entrega de toda la instalación, contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto, y cuya forma de efectuarse no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto y su exacta configuración como obra a tanto alzado regulada en el artículo 1.593 del Código civil.

Resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.—La resolución del contrato, según el párrafo 2.^o del Código civil, lleva aparejada la reclamación de los daños y perjuicios que, en este caso, se traducen, en la sentencia, según una constante jurisprudencia, en la diferencia entre el coste de la obra previsto en el contrato incumplido y el coste real sufragado a otros empresarios que suplieron la prestación del contratante incumplidor. (STS 7 octubre 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad M.S.A. se adjudicó la contrata ofrecida por determinado Ayuntamiento de las obras de construcción de una piscina para adultos y otras instalaciones, pero en lugar de ejecutar las obras por sí concertó un subcontrato, en el que actuaba como comitente subcontratante con la sociedad subcontratista T.S.A. Esta sociedad comenzó los trabajos, pero, disconforme con las condiciones y mediciones, desde el primer momento, retrasó el ritmo de la obra y, finalmente, la abandonó, razón por la cual la subcontratante M.S.A. hubo de recurrir a otros empresarios para llevar a cabo la ejecución de la obra. Entablada demanda por la entidad M.S.A. contra la subcontratista, la sentencia de primera

instancia, confirmada en apelación, da lugar a la resolución del contrato entre ambas entidades y condena a la sociedad subcontratista a que pague a la subcomitente el importe de la diferencia entre el coste que representó la ejecución de la obra y el que hubiere representado si tal ejecución la hubiere llevado a cabo la subcontratista. Igualmente condena a esta entidad a la devolución del importe de las letras ya cobradas y a la devolución material de las aceptadas y no cobradas. Condenó, asimismo, a la actora a pagar a T.S.A. el importe de la obra útil realizada por ésta, antes de abandonar la ejecución, al estimar, en parte, la reconvencción. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, interpuesto respecto de la estimación de la demanda, no de la reconvencción.

25. Compraventa de acciones. Precio fijado por arbitrio de un tercero. Doctrina general.—La figura del arbitrio de un tercero («arbitrador»), aludida para diferenciarla del arbitraje en el artículo 2.º, párrafo 2, de la Ley de 1953, y contemplada por el artículo 1.447 del Código civil para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieran los contratantes a modo de negocio *per relationem*, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor; y a pesar de que este precepto no regula la posibilidad de impugnación, como lo hiciera el derecho histórico (P. 5.5.9), tanto la doctrina científica que acude por analogía al artículo 1.690 del Código civil, como la jurisprudencia contenida en sentencias de 21 abril 1956 y 22 noviembre 1966, dan paso a la posibilidad de tal censura, amén de las hipótesis de vicios en el consentimiento, cuando el arbitrador prescinde de las instrucciones señaladas por las partes para la fijación del precio, faltando manifiestamente a la equidad con menoscabo de las prudentes pautas de un *arbitrium boni viri*, sin duda presupuestas por los interesados en este caso al referirse al «valor objetivo» de la cosa cuya fijación se remite al fallo arbitral; a lo que cabe añadir que según sentencia de 21 febrero 1977, el artículo en cuestión no estatuye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio de la institución y, por lo tanto, en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Valor de la renuncia a impugnar la decisión del arbitrador.—La cláusula donde las partes pactaron la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido desconoce el fundamental derecho al proceso en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española y, por tanto, el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la *lex suprema*, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.º-2 del Código civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraría el interés o el orden público. (STS 10 marzo 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de la venta de un paquete mayoritario de un Banco en crisis al precio de una peseta por acción a reserva de la fijación ulterior del precio real, previa realización de una auditoría, por tres arbitradore designados por las partes (dos catedráticos de Derecho Mercantil y un Ma-

gistrado jubilado del Tribunal Supremo). El acuerdo de estos últimos, fijado por mayoría, es impugnado en el presente recurso. La sentencia extractada refleja la *communis opinio* de la doctrina española: Cfr. GARCIA CANTERO, *Comentarios Albaladejo*, t. XIX (Madrid, 1980), pp. 45 y ss., con referencias bibliográficas y jurisprudenciales. (G.G.C.)

26. Cartas de confort.—El fenómeno de las denominadas usualmente «cartas de confort» responde en el campo de la financiación al diseño de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del acreedor para el evento de que el deudor principal incumpla lo pactado en sus relaciones con el segundo; pero tal compromiso con trascendencia jurídica, que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliadas, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trata de expresiones declarativas, sin otro alcance, y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer; pero sin asumir obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero, quien obviamente no podrá titularse favorecido por una inexistente «Letter of confort».

Declaraciones meramente enunciativas.—Carecen de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de comercio y 1.258 del Código civil, pues no hay contrato, o acudiendo a los usos normativos —que tendrían que ser probados— por la vía del artículo 2 de aquel cuerpo legal; sin olvidar que, según indica asimismo la doctrina científica, a no ser que en el objeto social de la entidad conste expresamente la posibilidad de afianzar o que el Consejo de Administración tenga conferida en los Estatutos tal facultad, habrá de ser la Junta General de accionistas de la sociedad el órgano que debe autorizar el afianzamiento.

Declaración constitutiva de fianza.—Ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas. (STS 16 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHÓS.—La materia del recurso versa sobre el significado y alcance que ha de atribuirse a una carta suscrita por el subdirector de una entidad bancaria, en la que hace saber a la recurrente que dicha entidad bancaria controla directa o indirectamente la absoluta mayoría de las acciones de una determinada sociedad, y sostiene sus necesidades económicas. En esta carta se basa la demandante para postular la condena de la entidad bancaria al pago de una concreta cantidad, caso de no hacer el pago la sociedad deudora.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación.

27. Accidente provocado por una vaca. Responsabilidad por riesgo.—El artículo 1.905 del Código civil contempla una responsabilidad de carácter no culpabi-

lista o por riesgo, inherente a la utilización del animal, que procede en principio por la mera causación del daño y con exoneración de los singulares casos de fuerza mayor, lo que significa exclusión del caso fortuito y culpa del perjudicado, en el buen entendido sentido de que la responsabilidad viene anudada a la posesión del semoviente y no por modo necesario a su propiedad, de donde se sigue que basta la explotación en el propio beneficio para que surja esa obligación de resarcir.

Litisconsorcio pasivo necesario.—La solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual. (STS 28 enero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la colisión de un vehículo con una vaca, que se encontraba en la carretera, habiéndose escapado de una finca colindante a la misma, se produjeron, además de daños en el vehículo, graves lesiones a sus ocupantes, que determinaron la muerte de uno de ellos y al otro graves secuelas.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al demandado, poseedor de la vaca, a indemnizar a los demandantes. No prospera el recurso de casación.

28. Responsabilidad extracontractual. Interrupción de la prescripción extintiva.—El acto interruptivo tiene como efecto capital la necesidad de que el tiempo de prescripción haya de contarse de nuevo por entero, pues a diferencia del instituto de la suspensión, que simplemente paraliza el plazo concediendo eficacia al tiempo ya transcurrido para sumarlo al posterior a la cesación del fenómeno suspensivo, la interrupción elimina ese decurso de manera que el lapso legal de prescripción ha de ser iniciado en su cuenta una vez desaparecida la causa que tal interrupción produjo.

Presunción «iuris tantum» de culpa.—No cabe prescindir de la repetida doctrina jurisprudencial acerca de la presunción *iuris tantum* de culpa en el agente a pesar del cumplimiento de las formalidades meramente reglamentarias, una vez acreditada la realidad del menoscabo, con la inversión consiguiente del *onus probandi*. (STS 31 enero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de cabezas de ganado lanar y cabrío demandó a una empresa, basándose en la culpa aquiliana cometida por dicha empresa en las operaciones de lavado de mineral, con vertido de sustancias tóxicas al río Guadial, lo que provocó la muerte de numerosos animales, envenenados al abreviar en las aguas del río.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación.

29. Responsabilidad civil derivada de delito. Reserva de acciones. Daños causados al Estado por lesiones a Guardia Civil. Falta de prueba del daño.—No es de ocultar la aparente discordancia de la doctrina jurisprudencial en casos de notoria similitud con el ahora contemplado, pues la sentencia de esta Sala de

24 abril 1979, con base en el artículo 104 C.p. y en el artículo 1.092 C.c., estableció el derecho del tercero —aquí el Estado— a ser indemnizado siempre que entre el hecho causante y el perjuicio exista una relación de causalidad, relación que en el caso enjuiciado se estimó clara y sin lugar a dudas, ya que hubo encadenamiento causal sin solución de continuidad entre el acto ilícito y el perjuicio sufrido por el Estado, no derivado de la relación funcional, sino del hecho de haber tenido que retribuir unos servicios que no se le prestaron precisamente por causa del accidente que se lo impidió, en cambio las sentencias de la misma Sala de 25 junio 1983, 14 febrero 1980 y 14 abril 1981, en casos muy similares, denegaron la indemnización al Estado por las remuneraciones al funcionario lesionado durante el tiempo que invirtió en la curación de las lesiones debidas a accidente causado por tercero, basándose en que tal pago de remuneraciones no supuso para el Estado un perjuicio efectivo, toda vez que no se acreditó que tuviese que hacer gastos para pagar a un sustituto del lesionado durante el tiempo en que éste no pudo prestar el correspondiente servicio, siendo suplido el lesionado por los demás funcionarios sin gasto alguno especial; para el resarcimiento de daños es necesario su prueba de forma categórica, sin que fueran suficientes meras hipótesis o probabilidades, y los perjuicios reales y efectivos han de ser acreditados con precisión, de modo que el perjuicio sufrido sólo debe ser resarcido con el equivalente, para lo que es imprescindible concretar su entidad real; en el presente caso, no basta con la no prestación del servicio, sino que es necesario precisar los gastos que con carácter complementario hubo que abonar a los que desempeñaran el servicio como sustitutos, y que ello supuso un mayor gasto para la Administración; y ante la falta de pruebas, ha de considerarse que el servicio que había de prestar el lesionado fue objetivamente atendido sin menoscabo; de aquí que haya de seguirse la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de no acordar el resarcimiento de daños que, por tener carácter de indirectos, no pueden tener su fundamento en meras hipótesis o conjeturas, al no haber demostrado el Estado que por causa de las lesiones que sufrió el agente en cuestión hubiera hecho aquél un exceso de gastos sobre los debidos a una situación de normalidad de los servicios públicos que desempeñaba el Guardia Civil lesionado. (STS 29 septiembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—En la sentencia condenatoria penal se hace una reserva de acciones, pero no está claro en la sentencia de casación si tal reserva alcanza al Estado por los perjuicios que ahora reclama. Si la respuesta fuera negativa, ¿cómo se elude el efecto de la *res iudicata*? La sentencia habla de daños «indirectos»; ¿quiere ello decir que se ha roto la relación de causalidad respecto a los hechos sancionados como delito? El recurso se fundamenta en violación de los artículos 1.092 y 1.902 del Código civil (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

30. **Dominio público. Playas y zona marítimo-terrestre. Requisitos. Valor del destino administrativo. Enclaves de propiedad privada.**—Con independencia de que una doctrina jurisprudencial reiterada (SS. de 2 febrero 1974, 23 junio y 13 octubre 1981, 9 junio 1982, 11 junio y 4 julio 1985, entre otras) admite la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando

hayan sido adquiridos válidamente antes de la Ley de Puertos de 7 mayo 1880, a la que siguen en este punto la de 19 enero 1928 (art. 1.º) y la Ley de Costas de 26 abril 1969 (art. 4.º, principalmente), aunque siempre sin olvidar la fuerte presunción en pro del dominio nacional que requiere, para ser destruida, una rigurosa prueba en contrario (SS. de 3 junio 1974, 7 mayo 1975 y 19 diciembre 1977), habrá que partir, como cardinal presupuesto para conceptualizar un bien como de dominio público, que el fondo de que se trata está incuestionablemente comprendido en la zona marítimo-terrestre o en la playa, extremo respecto del cual hay que tener en cuenta que la actividad del deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad ni aun de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna (SS. de 23 enero 1969, 16 octubre 1970 y 13 octubre 1981) y, en consecuencia, como declaró la sentencia de 15 septiembre 1984, «si bien es cierto que el deslinde de la zona marítimo-terrestre es función administrativa y, como tal, revisable únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que sin interferir en modo alguno en el terreno de lo contencioso-administrativo puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela».

Naturaleza de finca situada tras muro de contención.—La Sala apoya su tesis desestimatoria de la demanda del Estado en el argumento capital de que la casa de la recurrida, cuya historia negocial está documentada desde una partición de herencia realizada el 18 julio 1917, no se encuentra sita físicamente en la zona marítimo-terrestre ni en la playa, por hallarse detrás de un muro de cierre fuera del alcance del flujo y reflujos del mar, a lo que añade que tan gráfica e inequívoca situación no puede eliminarse por un deslinde administrativo practicado el 13 diciembre 1972, que arbitra una extraña «línea límite», y que en definitiva comporta la unilateral alteración de un objetivo estado de cosas preexistente, privando a la demandada de su propiedad; en resumen, es irrefutable el dato topográfico de que el terreno donde se levanta la casa de la demandada está por completo marginado de lo que la Ley de Costas describe como playa y zona marítimo-terrestre. (STS 14 octubre 1986, no ha lugar.)

31. Propiedad horizontal. Libro de actas.—El carácter imperativo de la normativa establecida en la Ley de Propiedad Horizontal ha de atribuirse a la preceptiva establecida en el artículo 17 de dicha Ley, al ordenar que los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un libro de actas sellado por el Juzgado Municipal o Comarcal correspondiente al lugar de la finca o diligenciado por Notario, exigencia de tipo formalista que habrá de ser cumplida rigurosamente por quien ostente la presidencia de la Comunidad.

Nulidad de pleno derecho de los acuerdos impugnados.—La inobservancia del asiento en el libro de actas de la Comunidad de los acuerdos impugnados determina, también por disponerlo así el número 3 del artículo 6.º del Código civil, la nulidad de pleno derecho de los acuerdos presuntamente adoptados. (STS 10 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—Prospera el recurso de casación interpuesto por un copro-

pietario, ya que los acuerdos adoptados en Junta son nulos por no haber sido reflejados en el libro de actas.

NOTA.—Se ha discutido en la doctrina el carácter que tiene el libro de actas en el régimen de la propiedad horizontal, y, especialmente, si la exigencia del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal lo es *ad solemnitatem* o tan sólo *ad probationem*. La sentencia que reseñamos se inclina con claridad por la eficacia *ad solemnitatem* de la exigencia de que los acuerdos consten en el libro de actas, apoyándose en la naturaleza imperativa del mencionado precepto, que se infiere de su texto, de tal suerte que la falta de reflejo de los acuerdos impugnados en el libro de actas determina su nulidad de pleno derecho. (A.C.S.)

32. Retracto de colindantes. Pluralidad de retrayentes. Preferencia al propietario de la finca de menor cabida.—Según acredita el informe del Ingeniero Técnico Agrícola, la parcela del demandado tiene 6.500 metros cuadrados, frente a los 7.020 metros cuadrados de la finca del actor, por lo que la pretensión de éste no puede prosperar conforme al criterio establecido en el artículo 1.523, párrafo 2.º, del Código civil.

Fe pública notarial. Alcance.—Conforme a doctrina jurisprudencial reiterada la fe notarial sólo alcanza a los aspectos fácticos que el fedatario percibe *de visu et audita suis sensibus*, según afirmaba el derecho histórico de que «toda carta que sea fecha por mano de escrivano público vale para probar lo que en ella dixere» (Partidas 3.13.114), pero no alcanza a la intrínseca veracidad de las manifestaciones que en su presencia hagan los otorgantes (SS. de 14 febrero 1983, 20 enero y 10 julio 1984 y 14 y 24 mayo 1985), y, por consiguiente, tampoco a lo expresado por vendedor y comprador respecto a la extensión de la finca enajenada, pues ello equivaldría a que pudiesen determinar a su arbitrio la preferencia en la hipótesis de presumible conflicto con otro retrayente.

Fe pública registral. Alcance. No cubre los datos de hecho.—No es menos constante y repetida la jurisprudencia en el sentido de que la fe pública registral no cubre los datos o circunstancias de hecho o que sirven de soporte material a los derechos inscritos, no amparando la extensión del predio. (STS 10 diciembre 1986, no ha lugar.)

5. DERECHO DE FAMILIA

33. Alimentos provisionales. Pedidos por madre separada de hecho para hija menor. Procedimiento. Disposición transitoria 10.ª Ley 13 mayo 1981.—La Disposición transitoria 10.ª de la Ley de 13 mayo 1981 previene que a las cuestiones surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria, mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ello quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria; fuera del caso de urgencia, el ejercicio de las acciones derivadas de la patria potestad y, entre ellas, la encaminada a alimentar al hijo no emancipado a que se refiere el artículo 154

del Código civil y la reclamación de los alimentos propios puede discurrir por los trámites, escogidos en el caso, de los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el conocimiento de los juicios de ese objeto, en relación con los hijos, esté reservado a los Jueces de Familia, cuya competencia se atribuye en vía de «reparto», y sabido que la infracción de las normas atinentes al reparto no vician de nulidad los procesos tramitados con vulneración de las mismas, existiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, que niega la posibilidad de recurrir en casación por tal motivo.

Cargas del matrimonio.—Si el artículo 158 del Código civil no excluye la utilización del juicio de alimentos en caso de separación de hecho, en que la mujer tiene a su cargo a un hijo que, al iniciarse el juicio, era menor, para quien y para ella misma reclama los alimentos, tampoco puede determinar la casación que se pretende la invocación del artículo 1.318 del Código civil, que establece y regula la afectación de los bienes gananciales al levantamiento de las cargas del matrimonio. (STS 22 octubre 1985, no ha lugar.)

NOTA.—Inicialmente surge la consideración general de la necesidad de revisar las normas procesales que acompañaron a las reformas sustantivas de Derecho de familia en las leyes de 13 mayo y 7 julio 1981; la improvisación fue, quizá, su característica más destacada, unida a un propósito, en sí loable, pero a veces ingenuo, de simplificación y abaratamiento del procedimiento, cuyo funcionamiento práctico ha originado gran número de problemas, a veces insolubles por la eliminación del recurso de casación (salvo el interpuesto en interés de la ley, muy raras veces utilizado); añádase la bienintencionada, pero incompleta creación de los Jueces de Familia, y se tendrá una visión del caótico panorama procesal en materia de familia que ofrece nuestro ordenamiento.

En el presente caso se solicitaba una pensión alimenticia de 400.000 pesetas mensuales, concediéndose en la sentencia de alimentos provisionales la de 250.000 pesetas, lo que da idea de la importancia del patrimonio conyugal. Las objeciones procesales opuestas por el marido no tenían otra finalidad que la dilatoria; la duración de más de 3 años del presente pleito, durante el cual ha alcanzado la mayoría de edad la hija para la cual se pedían alimentos, no deja de ser poco inconciliable con la naturaleza perentoria de los alimentos provisionales. (G.G.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

34. Modelo de utilidad. Impugnación.—El motivo no puede ser estimado, ya que el modelo de la demandada reporta diferencias de las que se derivan ventajas, al menos técnicas y prácticas, aunque no cualificadas, ventajas, pues, del impugnado sobre el de la impugnante. (STS 17 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—En contra de la sentencia de la Audiencia Territorial, que estimó procedente la demanda de impugnación del modelo de utilidad por falta de novedad, en el único motivo del recurso de casación se alegó la inaplicación del artículo 180, párrafo 1.º, del Estatuto de la Propiedad

Industrial, cifrando la argumentación en que los dispositivos reivindicados por uno y otro modelo de utilidad protegían un mismo dispositivo, siendo la única diferencia entre ambos un mayor diámetro de uno de los discos metálicos del segundo modelo. No prospera el recurso de casación.

35. Nombre comercial. Similitud.—En los nombres comerciales enfrentados la voz que destaca con caracteres diferenciadores es, en ambos, la de «Rapid», cuyo relieve ya los propios interesados ponen de manifiesto en sus anuncios publicitarios, de suerte que la coincidencia, denunciada por la demandante prioritaria, efectivamente presenta caracteres de peligrosa confusión, al inducir a error de identificación de los productos ofrecidos. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, declaró que la entidad demandada carecía de derecho para utilizar la denominación social en razón a su confundibilidad e incompatibilidad con la de la demandante. No prospera el recurso de casación.

36. Propiedad industrial. Marcas. Plazo de tres años. Prescripción de acciones y no usucapión.—No cabe hablar de usucapión, o prescripción adquisitiva, cuando la ley tiene ya por adquirida la propiedad y lo que establece es la prescripción de las acciones que puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición; y así ocurre con el párrafo 1.º del artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, en el que no se dice que el dominio de la marca se adquiere por prescripción, sino que se empieza por sentar que el certificado de concesión del registro de una marca constituye una presunción *juris tantum* de propiedad, y se añade que el dominio de la marca «se consolida a los tres años», o sea que una vez transcurridos éstos, el titular queda inmunizado de las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir, transformándose la inicial presunción *iuris tantum* en *iuris et de iure*, quedando interrumpido tal plazo por el ejercicio ante los Tribunales de la acción impugnatoria conforme al artículo 1.973 del Código civil.

Prohibición de acceso al registro de marcas semejantes o idénticas.—La prohibición de acceso al Registro de la Propiedad Industrial de los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión en el mercado, persigue la doble finalidad de evitar, tanto que se lesionen los derechos de los fabricantes o comerciantes como a impedir que puedan los consumidores equivocadamente adquirir cosa distinta de la que se proponen.

Interpretación jurisprudencial.—La confrontación de las denominaciones en conflicto ha de ser realizada en una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad fonética y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta, en el juicio comparativo, la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora; pueden coexistir pacíficamente dos marcas de la misma denominación cuando los productos que amparan son tan opuestos en su naturaleza y

finés que racionalmente debe ser descartada toda posibilidad de duda en el público que los solicita, por pertenecer a áreas comerciales diversas, pero en el presente caso la identidad buscada de propósito por el demandado es apta para producir error o confusión en el mercado, y ello aunque los productos que amparan las marcas de autos no estén comprendidos en los mismos apartados del nomenclador, ya que si esto es cierto también lo es que todos ellos se refieren a prendas que componen el hábito humano y son auxiliares para la práctica del deporte y cabe pensar que sean vendidas en tiendas del mismo ramo. (STS 28 noviembre 1986, ha lugar.)

37. Personas jurídicas. Cooperativas. Acuerdo de expulsión. Imputación de hechos delictivos a miembro de Junta Rectora.—En las causas 1.ª y 2.ª de las que señala el artículo 8.º de los Estatutos de la Cooperativa como determinantes de la expulsión del socio se comprenden, entre otras, «cuando el socio desarrolla una actuación perjudicial para la Cooperativa», o «con su comportamiento haga imposible su convivencia con los demás cooperativistas», y no puede menos de llegarse a la conclusión, de una parte, que la imputación formulada, en público y en alta voz, a un miembro de la Junta Rectora, de haber robado a la Cooperativa 240.000 pesetas, lo que constituye un hecho constitutivo de delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, y significa el desarrollo de una actividad perjudicial para la cooperativa en cuanto menoscaba el crédito entre los socios y frente a terceros de uno de los componentes de su órgano de gobierno, y, de otra, que tal comportamiento hace imposible su convivencia con los demás cooperativistas que avalan la gestión del administrador a quien le ha sido formulado el reproche; debiendo añadirse que el artículo 11.3-a) de la Ley General de Cooperativas, si bien permite que los Estatutos tipifiquen las faltas, contiene el mandato imperativo de que entre las faltas graves se incluirán, en todo caso, las actividades del socio que sean de tal naturaleza que puedan perjudicar los intereses materiales o el prestigio social de la cooperativa, enunciando, a título de ejemplo, las que signifiquen «manifiesta desconsideración a los rectores y representantes de la entidad». (STS 19 diciembre 1985, ha lugar.)

38. Contrato de comisión mercantil. Prescripción de acciones.—El Código de comercio no contiene un plazo específico o expreso de prescripción referido al contrato de comisión mercantil, ni tampoco se refiere a dicha prescripción la Ley de Navegación Aérea, ni el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, y en vigor para España desde 1933, así como el Protocolo de La Haya desde 1966. Estas normas internacionales y la Ley de Navegación Aérea regulan únicamente una prescripción de las acciones de responsabilidad en caso de accidente por daños en las personas o en las cosas, cuestión distinta de la acción cuyo ejercicio se plasmó en la demanda inicial de esta litis.

Plazo de prescripción de la acción.—En defecto de disposición expresa sobre prescripción de acciones derivadas de contratos de comisión o agencia, tanto en el Código de comercio como en Leyes mercantiles especiales, se aplicará el precepto del artículo 4.º, apartado 3, del Código civil, de tal suerte que el plazo de prescripción será el general de las obligaciones personales que no tienen plazo especial. (STS 31 diciembre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—La acción de reclamación de las cantidades devengadas por fletes fue estimada en ambas instancias al considerarse probada la suma debida. No prospera el recurso de casación.

39. Contrato de mediación. Concepto y caracteres.—La mediación es un contrato de colaboración mercantil, en el que el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación; está carente de regulación legal y es lícito al amparo del artículo 1.255 del Código civil, pudiendo considerársele atípico, innominado *sui generis*, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, o simplemente unilateral por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación.

Contenido del contrato de mediación.—La esencia de la obligación del mediador consiste en realizar o desarrollar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes, sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto, aunque su falta de regulación legal permita el pacto de que el pago de la remuneración se condicione a que la mediación sea eficaz, otorgándose y perfeccionándose el contrato pretendido con la mediación, así como que esto se establezca por los usos y costumbres, siempre objeto de prueba, valorándose en cada caso concreto por los Tribunales para evitar los posibles abusos de una u otra parte.

Perfección y consumación.—Cuando se otorga o perfecciona por el concurso de la oferta y de la aceptación el contrato a que tiende la mediación, cabe hablar de que ésta se ha consumado, lo que no debe confundirse con la consumación del contrato celebrado como consecuencia de dicha mediación, pues este resultado ya es independiente de la actividad del mediador, a no ser que se le haya responsabilizado expresamente de obtenerlo.

Remuneración del mediador.—Lo normal es que el corredor tenga derecho a la retribución en el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico objeto de la mediación como consecuencia de la actividad por él desplegada, pero sin que se obligue a responder del buen fin de la operación, cosa que requeriría un pacto especial de garantía, expreso o determinado por el uso, cual se prevé en el artículo 272 del Código de comercio para la comisión; no hay contradicción en la jurisprudencia, pues sigue vigente que conforme a las sentencias de 11 junio 1947, 6 abril 1952 y 23 octubre 1959, el derecho a la remuneración subsiste aunque el contrato celebrado por mediación del corredor no llegue a consumarse; que de acuerdo con las sentencias de 9 y 21 octubre 1965 se devenga siempre que de las gestiones del mediador se haya aprovechado quien concluya el contrato; y que, cual señala la sentencia de 17 mayo 1966, ese derecho no puede enervarse por el desistimiento unilateral del vendedor; teniendo en cuenta, en todo caso, que ha de estarse al caso concreto. (STS 1 diciembre 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Hay ya un *corpus* abundante de doctrina jurisprudencial sobre el contrato de mediación, en el que la presente sentencia (Pte. Fernández Cid de Temes) introduce elementos clarificadores en el debatido tema de la remuneración del mediador. En principio, el contrato de mediación puede calificarse de resultado y no de actividad, por cuanto el mediador se obliga a perfeccionar un contrato entre la otra parte y el tercero. Pero

parece correcta la distinción que introduce esta sentencia en el sentido de que la consumación de ese contrato perfeccionado mediante la actividad del mediador no es requisito del derecho a percibir la remuneración por este último, salvo una cláusula especial de garantía. (G.G.C.)

40. Transporte internacional de mercancías por carretera. Competencia jurisdiccional. Sumisión expresa.—Conforme esta Sala tiene reiteradamente dicho, la sumisión expresa no se cumple en los casos en que sólo se somete a la jurisdicción o competencia una sola de las partes.

Interrupción de la prescripción extintiva.—El artículo 951 del Código de comercio no es aplicable a los supuestos de transportes internacionales de mercancías por carretera, ni tampoco el 944, dado que el Convenio de 19 de mayo de 1956, al que se adhirió España, establece una forma especial de interrupción del término prescriptivo, que prima sobre la genérica del Código mercantil.

Incongruencia.—La resolución impugnada ha incidido en incongruencia al imponer a la parte demandada y aquí recurrente el pago de los intereses de unas cantidades cuyo abono no fue suplicado en los escritos de alegaciones de su contraparte. (STS 21 enero 1986, ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandante realizó por encargo de la demandada una serie de servicios de transportes internacionales de mercancías por carretera. La entidad demandada no satisfizo a la demandante el pago de la deuda.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia, estimando la demanda y rechazando las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción de la acción. Prospera el recurso de casación por incongruencia.

41. Transporte marítimo de mercancías. Convenio de Bruselas y Ley de 1949. Caducidad de la acción por daños. Ineficacia interruptiva del acto de conciliación.—El plazo del año que establece el párrafo 4.º del artículo 22 de la Ley de 22 diciembre 1949 para reclamar los daños sufridos por las mercancías transportadas por mar, es de caducidad según notoria doctrina jurisprudencial, y sin olvidar la posibilidad contemplada por la doctrina científica y por la de esta Sala (SS. de 30 noviembre 1974 y 21 abril 1975) de la existencia de tipos de caducidad que, de suyo, demandan una aplicación flexible, es lo cierto que lo que dicha norma exige para mantener la responsabilidad del porteador es que, por el interesado, se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas debieron ser entregadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, ya que si bien las partes prorrogaron de común acuerdo dicho plazo —lo que la sentencia de 30 mayo 1984 declaró válido en un caso idéntico al presente— y se presentó dentro de la prórroga la demanda de conciliación, ésta carece de eficacia interruptora frente a la caducidad, máxime cuando dicho acto no era requisito legal previo al ejercicio de la acción. (STS 24 enero 1986, no ha lugar.)

NOTA.—No hay dudas en la jurisprudencia sobre el carácter de caducidad de la acción ejercitada. Últimamente en sentencia de 14 febrero 1986

(Pte. Pérez Gimeno). El interés de la ahora extractada radica en la existencia de una ampliación convencional del plazo de caducidad que la doctrina suele ver con reservas (ALBALADEJO, *Derecho civil*, 1-2.º, 6.ª ed., pp. 526 y ss.) (G.G.C.)

42. Transporte marítimo de mercancías. Convenio de Bruselas y Ley de 1949. Caducidad de la acción por daños.—La Ley de 22 diciembre 1949, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las reglas del Convenio de Bruselas de 1924 sobre unificación de conocimientos de embarque y cláusulas de exoneración de responsabilidad, somete a su régimen los transportes internacionales de mercancías por mar y establece en su artículo 22, párrafo 4.º, el plazo de un año para el ejercicio de la acción por daños, lapso de tiempo que debe calificarse de caducidad y no de prescripción, como se desprende de la literalidad del precepto, ya que la acción tiene una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera «en todo caso» de responsabilidad al porteador y al buque, y porque así lo tiene declarado esta Sala en sentencias de 31 octubre 1978, 30 mayo 1984 y 29 enero 1985, entre otras; calificación de caducidad que lleva aparejado que los modos interruptivos aplicables a la prescripción, como la interposición de la demanda de conciliación, no lo sean para la caducidad según constante doctrina del Tribunal Supremo.

Legitimación del consignatario de buques.—El consignatario como representante del buque se responsabiliza de las consecuencias dañosas de su actuar culposo o negligente, y está legitimado en el proceso en que tratan de hacerse efectivas, si bien en el presente caso, la estimación del recurso por este motivo conduciría al mismo resultado final, dado que se ha declarado la caducidad de la acción ejercitada. (STS 14 febrero 1986, no ha lugar.)

43. Comisión de transporte. Contenido del contrato.—La comisión de transporte implica que el comisionista no se obliga a realizarlo por sí, o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador, o empresario que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo; el comisionista no tiene, pues, la condición de porteador, limitándose a cumplir la comisión, cuyo negocio ejecutivo es el contrato de transporte y no el transporte mismo, al recaer la realización de éste sobre el porteador efectivo, aunque nuestro Código de comercio, para proteger la posición del comitente, le permite dirigirse contra la persona del comisionista, que es con quien él contrató, en vez de obligarle a buscar la responsabilidad de un porteador, por él no elegido y conforme a otro contrato, el de transporte, cuyas condiciones tampoco él pactó, cláusula de garantía tácita e inderogable que impone al comisionista de transporte las mismas obligaciones y responsabilidades del porteador, subrogándose en su posición jurídica, según establece el artículo 397 del Código de comercio.

Negligencia del porteador.—Se ha probado el actuar negligente del porteador, pues el dejar un camión cargado en la vía pública toda una noche, sin vigilancia alguna, con mercancía de gran valor y fácil venta, dando lugar con ello a su sustracción, significa que se dejaron de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes, que es el supuesto contemplado por el artículo 362 del Código de comercio, sin que la circunstancia de tener «puestas las llaves de contacto» que la Audiencia no toma en cuenta por falta de alegación

oportuna, añade nada a aquella valoración, salvo la agravación de la culpa, existente en todo caso. (STS 11 octubre 1986, no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

44. Cuestión de competencia. Demora en la comunicación entre órganos jurisdiccionales no imputable a la parte.—La parte fue absolutamente ajena a una demora en la recepción de los correspondientes despachos, de suerte que éstos llegaron al órgano requerido una vez que éste había dictado sentencia de remate y de la declaración de firmeza de la misma, toda vez que está acreditado que el planteamiento de la cuestión de competencia se hizo en correcta forma y con antelación al pronunciamiento del juzgado requerido, pues es doctrina de este Tribunal que los defectos relativos a las comunicaciones entre los órganos judiciales no deben ser sufridos por la parte a la que no son imputables. (STS 21 febrero 1986, cuestión de competencia.)

NOTA.—Estaba clara la cuestión de fondo del conflicto planteado, pues se trataba de la acción ejercitada en contra del aceptante de una letra de cambio, cuyo pago estaba domiciliado en Bilbao, mientras el juicio ejecutivo se siguió en Barcelona. Parece útil y conveniente reiterar la doctrina general que aquí se sienta. (G.G.C.)

45. Litisconsorcio pasivo necesario.—Se ha demostrado la realidad de lo proclamado por la sentencia recurrida, de que no fueron demandados todos aquellos que estaban interesados, especialmente los adjudicatarios, que necesariamente tenían que haber sido oídos, conforme a la elemental doctrina del «litisconsorcio pasivo necesario», a cuyo tenor nadie puede ser condenado sin ser previamente oído en juicio. (STS 6 diciembre 1985, no ha lugar.)

46. Incongruencia y «reformatio in peius». Artículo 24 de la Constitución.—Como ya se dijo en la reciente sentencia de 4 de octubre de 1985, no es siempre fácil distinguir en su aplicación entre la incongruencia y la prohibición de la «reformatio in peius», doctrina ésta más bien referida al ámbito objetivo y funcional de la competencia del Tribunal «ad quem», en el sentido de que éste no puede conocer los extremos del pleito consentidos por la parte que no ha apelado, ni perjudicar al recurrente sin haber mediado excitación de la contraria mediante recurso al efecto. Pero la relación entre ambas instituciones es manifiesta si se considera que la sentencia incongruente incide en la prohibición de la «reformatio» en cuanto grava o perjudica a la parte afectada. Hay, por tanto, una interferencia o una concurrencia en cuanto al efecto que se produce, es decir, una infracción del ordenamiento jurídico, incluso de alcance constitucional, si se considera lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, relativo a la tutela jurídica y al principio implícito de la audiencia bilateral, que se daña tanto con la incongruencia como con la «reformatio» gravosa. (STS 15 octubre 1985, ha lugar.)

47. Costas procesales.—La temeridad o mala fe de las partes, determinante de la imposición de costas, incumbe al juzgador de instancia apreciarla.

Incongruencia. «Reformatio in peius».—Como quiera que los arquitectos, en punto a costas, impetraron tan sólo que no se les impusieran las de Primera Instancia, quíerese decir que la imposición de las costas a los actores, de las causadas en ambas instancias por los codemandados absueltos, incide en el otorgamiento de más de lo pedido, como modalidad de incongruencia prevista en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin olvidar que en función de esa incongruencia se ha producido también una infracción del principio de proscripción de la «reformatio in peius». (STS 17 octubre 1985, ha lugar.)

48. Reclamación de título nobiliario.—Es indudable que el cumplimiento de las formalidades administrativas para la rehabilitación del título, e incluso la aprobación del Rey o del Jefe del Estado, no impide la reivindicación por parte de quien se crea con mejor derecho a la merced, mejor derecho que es reconocido por las leyes que fijan el mismo y a las que hay que atenerse.

Normas susceptibles de acceso a la casación.—Hay que conceder la cualidad de norma con rango accesible a la casación al Decreto de 27 mayo 1912, pero no puede admitirse que pueda alegarse toda clase de norma en la casación civil, sino para permitir la selección que, de acuerdo con su verdadera sustancia o entidad jurídico-civil, pueda hacer el Tribunal Supremo, en su tarea revisora, de la aplicación en las instancias de normas que, aun sin rango de ley formal, reconozcan, limiten o nieguen derechos civiles. (STS 11 octubre 1985, no ha lugar.)

HECHOS.—La contienda suscitada en el pleito se refiere a la acción enablada por la actora, para que se declare su preferencia para ostentar el título de marquesa, frente a su actual titular y poseedor administrativo, su tío, por entender que la posesión por éste es inválida al ser ineficaz el acto de cesión que de tal título le hizo en escritura pública su hermano, que no podía perjudicarle habida cuenta de las normas aplicables a la sucesión nobiliaria.

49. Retracto arrendaticio rústico. Acceso a la casación por razón de la cuantía. Derecho transitorio. Necesidad de fijar un criterio.—La sentencia de instancia declaró que la denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas, lo que induce a estimar que cualquier duda que pudiera plantearse al respecto habría de ser resuelta en el sentido de conceder a las partes los mayores medios posibles para la defensa de sus derechos, sin coartarles la interposición de un recurso que encuentra su encaje en determinados preceptos legales; tal criterio es prudente, pero no ha de ser compartido por esta Sala por cuanto es inexcusable sentar concretamente cuándo las sentencias de la categoría constituida por las recaídas en vía de apelación en los juicios de retracto rústico, son o no accesibles a este extraordinario recurso de casación.

Incidencia de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.—No es admisible el recurso de casación contra las sentencias dictadas en materia de arrendamientos rústicos en que la cuantía es de 125.000 pesetas, pues la interpretación extensiva significaría que la reforma operada en el artículo 132-3.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 por el artículo 27 de la Ley de 6 de agosto de 1984, habría creado *ex novo*

el acceso a la casación de los juicios en curso de cuantía hasta 200.000 pesetas, que no la tenían con arreglo a la redacción originaria de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, y hasta para los de interés inferior a las 20.000 pesetas iniciados antes de la vigencia de esta última citada ley, y que estaban sujetos originariamente a los límites del R.A.R. de 1959 y de la Ley de 1953; tal conclusión contradiría el rasgo característico de la reforma de 1984, de atemperar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la devaluación monetaria. (STS 9 abril 1986, no ha lugar.)

50. Recurso de revisión. Retracto arrendaticio urbano. Legitimación para interponerlo.—La falta de legitimación activa por parte del promotor del recurso, en base a no haber sido parte en el litigio que concluyó con la sentencia cuya impugnación se solicita, es, en verdad, una cuestión en extremo interesante, dado que la opinión, tanto de la doctrina científica procesalista como la de esta Sala, no son pacíficas, oscilando entre dos posiciones, la que pudiera denominarse restrictiva, que admite como únicos legitimados a quienes hayan sido parte en el proceso que concluye con la sentencia impugnada, y la que, frente a la anterior, cabría llamar extensiva que apunta la posibilidad de que, para evitar fraudes, pueda otorgarse legitimación activa a aquellos a quienes puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada, pese a no haber sido parte y no haber sido convocados a juicio; mas sígase uno u otro criterio, es lo cierto que en el presente supuesto quien promovió la presente revisión ni tenía ningún derecho posesorio o dominical sobre el local arrendado, ni la sentencia le ha producido gravamen alguno.

Abuso del Derecho. Mala fe.—Se constata la mala fe del recurrente al intentar, sin base ni fundamento probatorio alguno, combatir la eficacia de una sentencia firme haciendo uso del remedio formal que la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece para atacar dichas resoluciones, bien que no con finalidad derecha y justificada, sino con el propósito de retardar la normal y adecuada efectividad de la resolución aquí impugnada, incidiendo en la conducta que reprocha el artículo 7.2 del Código civil, esto es, el abuso del derecho. (STS 14 febrero 1986, no ha lugar.)

NOTA.—Obsérvese que el Tribunal Supremo se limita a exponer las dos posturas existentes a propósito de la legitimación activa para interponer la revisión sin tomar postura por ninguna de ellas. En la doctrina, con referencias jurisprudenciales, puede verse: DOVAL DE MATEO, *La revisión civil* (Barcelona, 1979), pp. 79 y ss.

51. Recurso de revisión. Maquinación para ocultar domicilio de los demandados. Demanda para cambio de titularidad arrendaticia.—Entraña maquinación fraudulenta la ocultación por parte del demandante, del domicilio de los demandados o de alguno de ellos, cuando le constaba dónde lo tenía, dándolo como desconocido e interesando su citación edictal, siendo obvio que con tal norma de conducta consiguió que los interpelados ignoraran la existencia y alcance de tal proceso, tramitado en su rebeldía, obteniendo con tal torcido proceder una sentencia favorable, sin que aquéllos pudieran hacer uso de sus posibles derechos, causándoles con ello una evidente indefensión. (STS 12 noviembre 1986, ha lugar.)

NOTA.—Como pone de relieve la doctrina procesalista, la gran mayo-

ría de sentencias estimatorias, recaídas en recursos de revisión al amparo de la causa 4.^a del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se producen por causa de citación procesal defectuosa, hecha de mala fe.

52. Arrendamientos rústicos. Consignación de rentas vencidas durante el proceso para recurrir. Fuera de plazo.—Aun cuando al siguiente día de la denuncia del impago de rentas apareció en el buzón de la Audiencia un escrito, juntamente con talón bancario, con objeto de proceder a la consignación de la renta vencida, es evidente que no se ha acreditado que en el momento y día en que se denunció la falta, se tuviese ya efectuada su consignación, lo que, en principio, pudo tener lugar el día siguiente a primera hora, o, en su caso, el mismo día y en horas posteriores a las de audiencia, en que tuvo lugar la presentación del escrito de denuncia, por lo que, habida cuenta de que cuando éste fue presentado no hay constancia de que se hubiese procedido a llevar a cabo la repetida consignación, es obvio que debe tenerse por desistido al recurrente. (STS 20 diciembre 1985, no ha lugar.)

53. Improcedencia de la tercería de dominio.—El objeto de la tercería de dominio se circunscribe al error en la atribución de la titularidad del bien embargado. De ahí que no sea el medio procedente para impugnar el embargo de bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges, puesto que el consorcio matrimonial no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código civil.

Responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros.—Responden directamente los bienes gananciales por deudas contraídas por el marido al servicio del consorcio, aunque no lo fueran en el curso de la administración doméstica ordinaria.

Inexigibilidad de demanda conjunta.—No puede atribuirse al acreedor la carga de demandar a los dos cónyuges, cuando solamente ha contratado con uno, ni al cónyuge no deudor, la de ser parte en el proceso, cuando no está obligado ni directamente, ni como fiador. La exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges, que exige el artículo 144 del R.H., no guarda armonía con la cualidad de deudor, por lo que será suficiente la mera notificación al cónyuge no deudor. (STS 17 septiembre 1986, no ha lugar.)

HECHOS.—El piso embargado fue adquirido durante el matrimonio por el marido e inscrito a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

El juicio ejecutivo cambiario se basa en letras de cambio aceptadas por el marido e impagadas a sus respectivos vencimientos.

Embargado el piso, se notifica la existencia del procedimiento y la realización de la traba, por medio de cédula, a la esposa del ejecutado.

En la demanda de tercería se pide la declaración de que el piso pertenece a la sociedad de gananciales y que, por tanto, el embargo sea declarado nulo.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Supremo plasmada en esta sentencia

se sitúa antes de la reforma del Código civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo; en este marco, cuando el marido se obligaba, vinculaba al cumplimiento de las obligaciones contraídas, no sólo sus propios bienes, sino también los bienes gananciales. Tras la reforma, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, del que deriva el sistema de administración conjunta, ha supuesto un cambio profundo. Así, cuando la deuda sea privativa de un cónyuge, el actual artículo 1.373 del Código civil permite que, en caso de embargo de bienes gananciales por insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor, el consorte pueda pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal.

54. Prelación de créditos. Tercería de mejor derecho. Póliza intervenida por corredor colegiado con anterioridad a la anotación de embargo.—La colisión producida entre la anotación preventiva de embargo y el préstamo del tercerista goza éste de la preferencia que resulta del artículo 1.924, número 3.º, del Código civil, dado que a la constancia en escritura pública es equiparable la póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio según reiterada doctrina, de la que son muestra las sentencias de 3 noviembre 1971 y 1 marzo 1978, pues el alcance de la anotación preventiva de embargo se detiene ante los créditos anteriores según el apartado 4.º del artículo 1.923 del Código civil. (STS 27 diciembre 1985, no ha lugar.)

55. Tercería de mejor derecho.—Si bien la tercería de mejor derecho es inadmisibles después de realizado el pago al acreedor ejecutante, presupuesto riguroso de oportunidad establecido en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obviamente el medio liberatorio no puede entenderse producido mientras el ejecutante no haya recibido la suma dineraria en que la entrega a realizar consiste o no se acuerde la adjudicación de bienes en pago en el proceso de ejecución.

Naturaleza del depósito de dinero o imposición a plazo fijo.—Se aproximó al mutuo y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones harto expresivas y tiene el significado de un título impropio o de legitimación, que faculta al titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptualizado de título valor.

Imposiciones a plazo fijo.—En ellas no concurren los elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como garantía de la apertura de crédito. (STS 27 diciembre 1985, ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria interpuso demanda de tercería de mejor derecho, solicitando que se dictara sentencia declarando que determinadas imposiciones a plazo fijo se encontraban pignoradas a su favor, y que, por tanto, ostenta sobre ellas un derecho preferente.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de tercería de mejor derecho. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada. Prospera el recurso de casación.

